



Universidade do Porto
Faculdade de Direito

Renata Benigno-Wisskirchen

O Desempenho da Rede Europeia da Concorrência –
REC – e seus Membros no Processo de Modernização
do Controlo da Concorrência na União Europeia

Mestrado em Direito
Área de Especialização: Ciências Jurídico-económicas

Trabalho realizado sob a orientação do Professor
Doutor José Manuel Nunes de Sousa Neves Cruz.
E do Co-Orientador Professor Doutor João Salvador
Velez Pacheco de Amorim.

2010

O DESEMPENHO DA REDE EUROPEIA DA CONCORRÊNCIA – REC – E SEUS
MEMBROS NO PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO DO CONTROLO DA
CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA

Renata Benigno-Wisskirchen

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, realizada sob a orientação científica do Doutor José Manuel Nunes de Sousa Neves Cruz, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Banca Examinadora:

Presidente: Doutora Maria Luísa Alves da Silva Neto.

Vogais: Doutor José Manuel Nunes Sousa Neves Cruz, na qualidade de orientador;

Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, na qualidade de co-orientador;

Doutor Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha.

Data de apresentação: 23/02/2011

Conceito: 17 Valores

À minha família, pela compreensão e apoio durante o tempo que precisei me afastar de seu convívio. A todos que mesmo distante contribuíram com profundos e constantes votos de sucesso: meu Pai e sua esposa, meus irmãos, e as amigas da graduação. À minha mãe e seu marido, meu segundo Pai. Aos meus sogros maravilhosos. E, especialmente, ao meu marido, Patrick Wisskirchen, por trabalhar para o sucesso de minhas metas profissionais como se fossem as a suas próprias.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre me deu luz e energia para que pudesse cruzar mais uma etapa desta caminhada.

Ao meu Orientador Professor Doutor José Neves Cruz, por todas as reflexões, incentivos, paciência, compreensão no curso da produção desta Dissertação e dos estudos relativos à Disciplinas Economia Política, Direito Económico e *Practicum* em Ciências Jurídico-Políticas.

Ao meu Co-Orientador Professor Doutor João Pacheco de Amorim, pelo apoio na produção deste trabalho e ensinamentos no curso das Disciplinas Economia Política e *Practicum* em Ciências Jurídico-Políticas.

À Professora Doutora Glória Teixeira pelos conhecimentos e incentivos transmitidos no curso das Disciplinas Finanças Públicas e Direito Fiscal e *Practicum* em Ciências Jurídico-Políticas.

Aos colegas de curso que enriqueceram cada encontro com suas considerações, perguntas, argumentos e experiências profissionais.

A toda a equipe técnica e administrativa da FDUP.

À *Bayerische Staatsbibliothek* e à *Ludwig-Maximilians-Universität München* por permitirem o livre acesso às fontes bibliográficas e às suas instalações em igualdade de direitos com os estudantes de instituições alemãs.

RESUMO

O regime jurídico de controlo da concorrência sofreu sua primeira grande reforma após mais de quatro décadas de operação do primeiro Regulamento do Conselho Europeu referente à execução das regras de concorrência estabelecidas nos actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia/ Tratado de Roma. Em Maio de 2004, entrou em vigor o denominado Pacote de Modernização do Controlo Comunitário da Concorrência, composto pelo Regulamento n.º 1/2003 do Conselho Europeu e um conjunto de Comunicações da Comissão Europeia disciplinadoras e esclarecedoras das medidas inovadoras implantadas pelo Regulamento. O presente estudo tem como objecto uma das inovações legislativas ao regime de controlo da concorrência no interior da União instaurada pela Reforma de 2004: a criação de uma rede constituída pela autoridade administrativa em matéria de concorrência na esfera comunitária, a Comissão, e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência nos 27 Estados-Membros, em parceria com os tribunais comunitários e nacionais. A Rede Europeia da Concorrência – REC – é um elo informal de ligação entre as autoridades, mas os resultados por ela atingidos nos primeiros cinco anos de funcionamento demonstram que o modelo de estreita cooperação entre os Estados-Membros é imprescindível à integração sócio-económica na União. Para melhor esclarecer a importância da Rede no Processo de Modernização do Controlo da Concorrência na União Europeia, foi desenvolvida uma sequência de fases a serem percorridas pelo ordenamento jurídico comunitário nessa matéria. A sequência é nomeada “Processo de Efectivação e Uniformização do Controlo da Concorrência no interior da União Europeia”, e propõe, essencialmente, uma ordem de uniformizações legislativas a ser obedecida para a modernização sólida e legítima do Regime de Controlo da Concorrência. A REC é o agente promotor da evolução espontânea do Processo de Efectivação e Uniformização, funcionando como meio de protecção aos direitos e garantias dos acusados enquanto a uniformização legislativa entre os Estados-Membros não atinge um nível suficiente para tanto, e de integração a ser tomado como modelo pelas demais políticas da União. Neste trabalho, a Rede Europeia da Concorrência é analisada no intuito de evidenciar que o instituto é essencial para a realização de um controlo eficiente, descentralizado, porém integrado, da concorrência em toda a extensão da União, no qual há a optimização de recursos através do compartilhamento de competências entre Comissão e autoridades nacionais, sem prejuízo à eficácia da repressão às condutas anti-competitivas.

Palavras-chave: União Europeia, Reforma do Controlo da Concorrência de 2004, Modernização do Controlo da Concorrência, Rede Europeia da Concorrência – REC, Processo de Efectivação e Uniformização do Controlo da Concorrência, direitos e garantias dos acusados, integração entre os Estados-Membros.

ABSTRACT

The legal control of competition suffered its first major renovation after more than four decades of the operation of the first European Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in the current Articles 101 and 102 of the Treaty on Functioning of the European Union/ Treaty of Rome. In May 2004, entered into force the so called Modernization Package of EU Antitrust Rules, composed of European Council Regulation No 1/2003 and a set of European Commission Notices that disciplinary and clarify the innovative measures implemented by the Regulation. This study has as object one of the legislative innovations to the Competition Control System over the Union established by the 2004 Reform: the creation of a network between the Community administrative authority in competition matters, the Commission, and the competition authorities in the 27 Member States, in partnership with the Community and national courts. The European Competition Network – ECN – is an informal link between the authorities, but the results it achieved in the first five years of operation demonstrate that the model of close cooperation among the Member States is essential to socio-economic integration in the European Union. To better explain the importance of the Network in the Modernization Process of Competition Control in the EU, a sequence of stages to be followed by Community law was developed. The sequence is named "Process to Obtain an Effective and Uniform Competition Control throughout the European Community", and essentially proposes an order of law uniformizations to be obeyed for the solid and legitimate modernization of the Competition Control System. The ECN is the agent which causes the spontaneous evolution of the Process of Effectiveness and Standardization, functioning as a way to the protection of the accused persons rights and guarantees while the law uniformizations between Member States does not reach a sufficient level to do so, and to the integration be taken as model by other Union policies. In this work, the European Competition Network is analyzed in order to demonstrate that the institute is essential to the achievement of an efficient, decentralized but integrated control of competition throughout the Community, in which the resources are optimized through the sharing of responsibilities between Commission and national authorities, without prejudice to the effectiveness of repression against anti-competitive conducts.

Keywords: European Union, 2004 Reform of the Competition Control, Modernization of Competition Control, European Competition Network – ECN, Process to Obtain an Effective and Uniform Competition Control throughout the European Community, accused persons rights and guarantees, integration between the Member States.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| LISTA DE ABREVIATURAS..... | 1 |
| LISTA DE FIGURAS..... | 2 |
| INTRODUÇÃO | 3 |
| 1. A REFORMA DO CONTROLO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA PROMOVIDA PELO REGULAMENTO N.º 1/2003 | 9 |
| 1.1 O Regulamento n.º 1/2003 e a aplicação automática do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado no âmbito nacional | 12 |
| 1.2 A nova ordem de competências comunitárias das autoridades e tribunais nacionais da concorrência e da Comissão segundo o Regulamento n.º 1/2003 | 15 |
| 1.2.1 Competências das autoridades administrativas nacionais em matéria de concorrência..... | 17 |
| 1.2.2 Competências dos tribunais nacionais..... | 22 |
| 1.3 A reforma das regras relativas à execução dos artigos da concorrência do Tratado e a legitimação da REC..... | 29 |
| 2. A REDE EUROPEIA DA CONCORRÊNCIA NA ACTUAL POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA | 33 |
| 2.1 A necessidade de diferentes níveis de autoridade na REC | 33 |
| 2.2 O Princípio da Subsidiariedade e a cooperação na REC | 37 |
| 2.3 A atribuição de casos dentro da REC e a diversidade legislativa entre os Estados- Membros | 39 |
| 2.3.1 A atribuição de casos na REC..... | 39 |
| 2.3.2 A reatribuição de casos na REC..... | 43 |
| 2.3.3 A não uniformização das legislações processuais nos Estados-Membros..... | 45 |

| | |
|---|------------|
| 2.3.4 A não uniformização das políticas de investigação e aplicação de sanções em matéria de controlo da concorrência nos Estados-Membros..... | 54 |
| 2.4 A neutralização da diversidade legislativa entre os Estados-Membros pela cooperação voluntária dentro da REC | 59 |
| 2.5 O desempenho da REC demonstrado em números..... | 65 |
| 3. A ESTREITA COOPERAÇÃO DENTRO DA REDE EUROPEIA DE CONCORRÊNCIA COMO MEIO DE UNIFORMIZAÇÃO DOS NÍVEIS DE PROTECÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS DOS ACUSADOS NOS ESTADOS-MEMBROS..... | 71 |
| 3.1 Troca de informações e evidências dentro da REC | 72 |
| 3.1.1 O intercâmbio de informações decorrentes de Inquéritos por Sectores ou Categorias de Acordos executados dentro da REC..... | 79 |
| 3.1.2 O fluxo de informações colectadas conjuntamente entre os membros da REC no exercício de seus Poderes de Inquérito..... | 81 |
| 3.2 O Programa de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante | 85 |
| 3.2.1 Pedidos Múltiplos de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante – Summary Applications..... | 93 |
| 3.2.2 Troca e uso de informações colectadas através dos Pedidos de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante através da REC e a protecção aos direitos de defesa..... | 96 |
| 3.3 A REC, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia..... | 100 |
| 3.3.1 Direito a um Processo Equitativo e à Prova Justa..... | 106 |
| 3.3.2 Direito à Protecção à Vida e à Propriedade..... | 112 |
| 3.3.3 Direito ao <i>ne bis in idem</i> | 114 |
| 4. POR UM CONTROLO UNO DA CONCORRÊNCIA EM NOME DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA..... | 123 |

| | |
|---|------------|
| CONCLUSÃO..... | 132 |
| BIBLIOGRAFIA | 137 |
| FONTES BIBLIOGRÁFICAS RECOLHIDAS NA INTERNET | 143 |
| LEGISLAÇÃO CONSULTADA | 146 |
| JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA..... | 149 |
| JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM | 151 |
| SÍTIOS E DOCUMENTOS INSTITUCIONAIS CONSULTADOS NA INTERNET | 152 |

ANEXOS

Anexo I – Internal Market: Opinions and experiences of Citizens in EU-25 Euro

Anexo II – Exemplos de inquéritos por sectores económicos realizados nos Estados-Membros no período de Maio de 2004 a Abril de 2009

Anexo III – Estatísticas apresentadas no Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia de 2005

Anexo IV – Annex 1 of the European Commission Report on Assessment of the State of Convergence, from 13 October 2009: list of applicable leniency programmes

Anexo V – List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Model Leniency Programme in Type 1A cases, com última actualização de 19 de Janeiro de 2010

LISTA DE ABREVIATURAS

AELC/ EFTA – Associação Europeia de Livre Comércio/ European Trade Association

ANC – Autoridade Nacional da Concorrência

CE – Comunidade Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

DG – Directorate General

ECA – Association of European Competition Authorities

ECN – European Competition Network

ECJ – European Court of Justice

EEE – Espaço Económico Europeu

UE/ EU – União Europeia/ European Union

ICN – International Competition Network

REC – Rede Europeia da Concorrência

LISTA DE FIGURAS

Figura I – A REC em números até Fevereiro de 2010.

Figura II – Total de casos informados por autoridades nacionais da concorrência por ano.

INTRODUÇÃO

O Mercado Comum Europeu, apesar do adiantado grau de organização institucional e consequente integração entre seus Estados-Membros, precisa de mecanismos conciliadores de interesses nacionais diversos em todos os ramos da ordem jurídica comunitária. A sobreposição e fragmentação de competências jurídicas e administrativas entre autoridades de diversos Estados-Membros gera a necessidade de cooperação activa entres esses Estados no sentido de manter a homogeneidade e coerência das políticas socioeconómicas vigentes em todo o Mercado. A Política da Concorrência segue esta lógica. Utiliza-se do direito e teoria económica da concorrência, somados à experiência das autoridades comunitárias em matéria de concorrência e dos tribunais comunitários adquirida ao longo dos últimos cinquenta anos, desde a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço em 1951, para formular um modelo de actuação a ser seguido pelos agentes de mercado que viabiliza o equilíbrio nas disputas por quotas entre companhias e na relação empresas-consumidor.

O percurso entre Comunidade de 1951 e União Europeia dos dias actuais foi resultado do processo de aproximação entre economias nacionais, conduzido nos moldes da integração económico-social. A admissão no bloco exige a adaptação das políticas nacionais às comunitárias, todavia, não é tarefa fácil harmonizar 27 economias nacionais soberanas com diferentes níveis e formas de regulamentação estatal de mercado. Este é um dos desafios da disciplina jurídico-comunitária da concorrência: uniformizar os diversos regimes nacionais e combater eficientemente atentados à concorrência amparados por contradições e ausência de cooperação entre autoridades e tribunais da concorrência nos Estados-Membros.

A abertura das economias nacionais à livre e não discriminatória entrada de companhias originárias de outros Membros configurou um Mercado Único de dimensão continental. Em nome da própria sobrevivência neste mercado, empresas passaram a estreitar as já existentes e travar novas práticas concertadas, abusos de posição dominante e fusões, e os Estados a reforçarem suas intervenções à concorrência por meio de regulações e auxílios às empresas de grande representatividade no cenário comunitário.

Todas essas distorções da ordem económica comunitária seguem no sentido contrário aos propósitos de livre concorrência e bem-estar do consumidor estabelecidos desde os diplomas fundamentais da Comunidade como razões de ser da integração entre os Estados europeus no formato União Europeia. Os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o

funcionamento da União Europeia,¹ todos os regulamentos que os implementam e às operações de Concentrações de Empresas são instrumentos para alcance dos objectivos primordiais do Mercado Comum, nomeadamente, dos estabelecidos na versão original do Tratado de Roma, “Parte I. Os Princípios” do Tratado:²

“Artigo 2.º A Comunidade tem como missão, através da criação da [sic] um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, um elevado nível de emprego e de protecção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.”

No artigo seguinte, o Tratado determina que para a realização dos propósitos da Comunidade, dentre outras medidas, deve ser instituído: “Artigo 3.º [...] g) Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”. Conselho e Comissão Europeus trabalharam para estabelecer, e actualmente trabalham para regulamentar e manter um regime que garanta que a concorrência não seja falseada e mostre-se adequada à prosperidade e integração económica do Mercado Comum, assim como à promoção do justo acesso a bens e serviços pelos cidadãos europeus.

A Comissão, como órgão executivo do ordenamento jurídico europeu, mais especificamente sua Direcção-Geral encarregada das questões da concorrência, formula a Política de Concorrência e é a maior responsável por executá-la, seja agindo de forma genérica, quando promove investigações em determinados sectores económicos para assegurar um grau sadio de competitividade; ou actuando especificamente contra comportamentos anti-concorrenciais usando os instrumentos processuais adequados. Realizar isoladamente todas estas tarefas representaria para a entidade comunitária enorme sobrecarga e incapacidade de desempenhar eficientemente o controlo da concorrência em todos os pontos da União.

A reunião de esforços entre os indivíduos interessados, analistas, formuladores e aplicadores da Política da Concorrência na União permitiu concluir que para a obtenção de

¹ Tratado de Roma de 1957 que instituiu a Comunidade Europeia com última alteração feita pelo Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, de 17 de Dezembro de 2007, J.O. [2007] n.º C 306/01. A versão actualizada do Tratado de Roma é também denominada pela literatura como TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: ver Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 9 de Maio de 2008, J. O. [2008] n.º C 115/47. No decorrer do texto referido como “Tratado”.

² KORAH, Valentine – An introductory guide to EC Competition Law and practice, p. 8. O artigo 2.º do Tratado foi reproduzido até sua Versão Consolidada do Tratado que institui a Comunidade Europeia, de 29 de Dezembro de 2006, J.O. [2006] n.º C 321/E 37. Com a versão actual do Tratado de Roma com as alterações realizadas pelo Tratado de Lisboa (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), o artigo 2.º foi revogado e seu conteúdo redistribuído entre os artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º da nova versão do Tratado.

um regime de concorrência comunitário apropriado ao desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas de forma a proporcionar o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e solidariedade entre os Estados-Membros, é indispensável que ele seja elaborado e executado através de uma rede de relacionamento directo na qual se processa a estreita cooperação entre a Comissão e as autoridades administrativas responsáveis em matéria de concorrência nos Estados-Membros, em parceria com os tribunais comunitários e os tribunais nacionais. Os trabalhos cooperativos dentro de uma rede com essa estrutura favorecem a aplicação descentralizada dos artigos basilares do ordenamento jurídico da concorrência (artigos 101.º e 102.º do Tratado), sem que a Comissão perca a responsabilidade de guardiã maior da concorrência no âmbito administrativo, e de modo a assegurar a obediência aos direitos e garantias fundamentais dos acusados (direito ao processo equitativo, à prova justa, à vida, à propriedade, a não ser condenado mais de uma vez pela mesma infracção, e todos os desses derivados), e promover a concretização da integração económica e social na União.

Essas são as medidas principais em plena operação desde a entrada em vigor em Maio de 2004 do conjunto de documentos legais em matéria de concorrência que marca o Processo de Modernização do Regime de Controlo Comunitário da Concorrência. A chamada Reforma do Regime de Controlo da Concorrência de 2004 ou Processo de Modernização do Controlo da Concorrência na União Europeia carrega o ano de 2004 em seu título, mas uma década de trabalhos se passou entre suas fases de formulação e a presente fase de ajustes e tentativas de aperfeiçoamento. Essa fase de actividades concretas no sentido da modernização do regime de controlo da concorrência é dividida, essencialmente, em três períodos: o período de actuação das autoridades administrativas orientada à reforma entre os anos de 2000 e 2004; período de entrada em vigor e primeiros anos de vigência do pacote legislativo de modernização entre os anos de 2004 e 2009; e o período actual, de amadurecimento das medidas reformadoras após cinco anos de operação da Reforma.

O presente trabalho consiste na análise da rede de relacionamento directo na qual se processa a estreita cooperação entre a Comissão e as autoridades administrativas responsáveis em matéria de concorrência, em parceria com os tribunais comunitários e os tribunais nacionais, tendo os períodos da última década de condutas direccionadas à reforma como pontos de referência temporal para a demonstração de suas implicações no processo de modernização do regime de controlo da concorrência na União. Defende-se aqui que a Rede Europeia da Concorrência (REC) é o principal elemento para o alcance dos objectivos do processo de modernização. Mesmo na fase anterior à entrada em vigor da Reforma, verifica-

se a influência da na ocasião futura Rede como factor de coesão das condutas das autoridades administrativas da concorrência e de reconhecimento pela esfera nacional da necessidade de unir esforços para combater práticas anti-concorrenciais de dimensão comunitária. Ainda que a Rede não tivesse sido instaurada, suscitou o empenho dos agentes controladores da concorrência no interior da União para a obtenção de um nível suficiente de cooperação capaz de garantir a aplicação dos procedimentos em rede a serem instituídos pela Reforma de 2004.

A partir da análise da estrutura, funcionamento, e repercursões nas legislações e condutas nacionais da REC, verifica-se que ela apesar de ser apenas mais uma medida no processo de reforma, é o elemento imprescindível à implementação das demais. Nomeadamente, as iniciativas reformadoras de aplicar descentralizadamente os artigos 101.º e 102.º do Tratado, com a supervisão da Comissão sobre o desempenho das autoridades nacionais, salvaguardando os direitos e garantias fundamentais dos acusados e promovendo a integração económica e social na União tem eficácia directamente dependente do bom funcionamento da Rede.

O primeiro capítulo descreve a legislação promotora da Reforma de 2004 proposta pela Comissão Europeia e aceita pelo Conselho, que instaura a aplicação descentralizada no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado e implanta e legitima a Rede Europeia da Concorrência. O capítulo introdutório dispõe também sobre a divisão de competências dentro da Rede e o papel desempenhado pelos tribunais nacionais após a Reforma. Para o entendimento de que a REC está inserida em um amplo contexto de mudança na dinâmica de controlo da concorrência no interior da UE acaba por ser a estrutura central desse contexto, faz-se necessário examinar com atenção as implementações legislativas de 2004 que reordenaram as competências entre autoridades administrativas e judiciais responsáveis em matéria de concorrência nos Estados-Membros e a Comissão Europeia de modo que a nova ordem de competência somente é executável mediante a estreita interligação em rede entre esses elementos.

A aplicação directa do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado foi providência determinante para a reorganização de competências entre as esferas nacional e comunitária do controlo de concorrência. Para as autoridades nacionais da concorrência aplicar a integralidade do artigo 101.º do Tratado significa adquirir experiência e maturidade quanto ao combate efectivo de condutas anticompetitivas. A homogeneidade dessa aplicação é possibilitada pela actuação em rede das autoridades responsáveis e determina o nível de credibilidade e segurança jurídica no controlo da concorrência em toda a União. Por essas razões a aplicação directa do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado introduzida pela Reforma de 2004 é elucidada separadamente em uma das secções do primeiro capítulo.

O segundo capítulo ocupa-se do funcionamento da REC, de que forma ocorrem a cooperação, a atribuição e reatribuição de casos, e a importância da Rede para um controlo uniforme, porém baseado em normas processuais e sancionatórias diversas entre os Estados-Membros e a esfera comunitária. Analisa-se o desempenho da REC no quadro actual dos regimes nacionais e do regime comunitário de controlo da concorrência, comparando-o com o nível de protecção à concorrência no regime desprovido de um elo de cooperação entre autoridades, nomeadamente, entre o primeiro Regulamento de execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado de 1962 e o ano de 2000 (início do período de actuação orientada à Reforma).

No segundo e no terceiro capítulos não se descreve em detalhes os procedimentos administrativos comunitário e dos Estados-Membros em matéria de concorrência, mas sim destaca-se que as vias de cooperação entre os Estados-Membros introduzidas pela Reforma de 2004 com o objectivo de aperfeiçoar o sistema de identificação da dimensão e gravidade das infracções à concorrência, tornar mais eficiente a colecta de provas e garantir maior protecção aos direitos dos acusados, somente são praticáveis por meio de um ambiente de interacção imediata entre as autoridades.

O estudo do sistema em rede de (re)atribuição de casos entre diferentes regimes processuais leva à elaboração de uma sequência de fases a serem transpostas no curso do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência em toda a União. A ordem proposta é composta por sete etapas a serem consecutivamente cumpridas, sob pena de sobrecarregamento e comprometimento do progresso já obtido, caso fases sejam concomitantemente implementadas. A Reforma de 2004 traz medidas propícias à consolidação da fase que determina a convergência na interpretação e aplicação do direito material em concreto, sendo a convergência entre as normas de direito processual o mandamento da etapa seguinte já em operação em decorrência do alinhamento e integração entre os Estados-Membros processados dentro da Rede.

O terceiro capítulo visa explicar de que modo a REC favorece o equilíbrio entre o interesse comunitário em buscar meios eficientes de produção de provas contra práticas anti-competitivas e os direitos do Homem e garantias fundamentais previstas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Dentro da Rede, são favorecidas colecta e troca de informações e evidências entre as autoridades por meio do auxílio mútuo nas investigações a infracções específicas, na elaboração de Inquéritos por Sectores ou Categorias de Acordos, ou no processamento de Pedidos de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu

Montante. Em contrapartida, examinada as consequências desses fluxos de informações para os direitos dos acusados, faz-se necessário examinar a função da Rede da Concorrência como mediadora entre o trabalho cooperativo entre os Estados-Membros e o respeito às prerrogativas legais dos acusados.

O quarto e último capítulo evidencia que ambos os projectos comunitários pela integração, aquele traçado pelo Tratado de Roma de 1957 e o Tratado de Maastricht de 1992 em nome da integração económica, e o instaurado pelo Tratado de Lisboa de carácter predominantemente social, encontram na Rede Europeia da Concorrência uma base sólida de estreita cooperação entre os Estados-Membros que tem origem no âmbito da concorrência e emana às demais políticas económicas e sociais da União.

1) A REFORMA DO CONTROLO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA PROMOVIDA PELO REGULAMENTO N.º 1/2003

O combate ao abuso de poder económico não era inédito na história do continente europeu, pois a Alemanha o inaugurou legislativamente em 2 de Novembro 1923 por meio de sua *Kartellverordnung*.³ A nível comunitário, o Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - Tratado CECA - de 18 de Abril 1951, assinado em Paris, no artigo 65.º instituiu a proibição às práticas restritivas, e no n.º 7 do artigo 66.º a obstrução ao abuso de posição dominante.⁴ O primeiro dispositivo tem revalidação análoga no artigo 85.º do Tratado de Roma, enquanto que o segundo possui revalidação expressa no artigo 86.º do Tratado.

Desde a instituição do Tratado, a legislação da concorrência pouco foi alterada. Com excepção da criação de um sistema regulamentar independente para as operações de concentrações de empresas, entre 1962 e 2003, o regulamento principal à respeito da execução dos artigos 101.º e 102.º do Tratado não sofreu reformas. O Regulamento n.º 1/2003⁵ alterou o quotidiano dos envolvidos em questões concorrenciais somente a partir de Maio de 2004, não como resultado de fracasso do regulamento anterior, do contrário, os

³ O título deste regulamento indicava, todavia, que não era apenas uma simples lei de cartéis, e sim um regulamento contra qualquer forma de abuso de poder económico (*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*), NÖRR, Knut Wolfgang – *Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von Holzstoffkartellenscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, p 49. Ver também: NÖRR, Knut Wolfgang – *Law and Market Organization: The Historical Experience in Germany From 1900 to the Law Against Restraints of Competition (1957)*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 151:1 (1995) 5-20, p. 10; e WILS, Wouter P. J. – *Principles of European Antitrust Enforcement*, 2005, p 5.

⁴ Com a expiração deste tratado em 2002, a CECA foi absorvida pela União Europeia; sobre o tema consultar PACE, Lorenzo Federico – *European Antitrust Law: Prohibitions, Merger Control and Procedures*, p. 19-22. Os artigos 85.º e 86.º do Tratado foram reenumerados, primeiramente, com o Tratado de Amesterdão, J.O. [1997] n.º C 340/01 de 10 de Março de 1997, para 81.º e 82.º, e posteriormente pelo Tratado de Lisboa, cit. 1. Ambas modificações sem alteração de seus conteúdos. São os textos dos artigos em questão: “Artigo 65.º 1. São proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que, no mercado comum, tendam directa ou indirectamente a impedir, restringir ou falsear o funcionamento normal da concorrência e que, em especial, tendam a: a. Fixar ou determinar os preços; b. Restringir ou controlar a produção, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c. Repartir os mercados, os produtos, os clientes ou as fontes de abastecimento. [...] Artigo 66.º [...] 7. Se a Comissão considerar que empresas públicas ou privadas que, de direito ou de facto, tenham ou obtenham, no mercado de um dos produtos submetidos à sua jurisdição, uma posição dominante que as subtraia a uma concorrência efectiva numa parte importante do mercado comum, se servem desta posição para fins contrários aos objectivos do presente Tratado, dirigir-lhes-á as recomendações adequadas para evitar que esta posição seja utilizada para esses fins. [...]”

⁵ 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, J.O. [2003] n.º L1/1.

quarenta anos de vigência do Regulamento n.º 17 de 1962⁶ demonstram tanto sua efectividade quanto a estabilidade das regras europeias reguladoras da concorrência: artigos 101.º e 102.º do Tratado.

Todavia, o Mercado Comum em níveis progressivos de dimensão e integração exige adaptações legislativas nos âmbitos comunitário e nacional. A reforma a nível comunitário se fez necessária no sentido de criar uma cultura de controlo da concorrência uniforme em todos os Estados-Membros e paralela à expansão e desenvolvimento da União, seja naqueles que possuem tradição nesta matéria, a exemplo da Alemanha, Espanha, França e Reino Unido, ou nos que ainda desenvolvem a prática do controlo de condutas restritivas da concorrência como Grécia, Polónia, Eslovénia, Eslováquia.⁷ Pode-se concluir, portanto, que a Reforma do Controlo Europeu da Concorrência objectiva, nomeadamente, a convergência entre as legislações nacionais e o direito substantivo comunitário em matéria de concorrência.

O Preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003, no Considerando (1) explica a importância da uniformidade de ordenamentos jurídicos nacionais: “A fim de estabelecer um regime que assegure a não distorção da concorrência no mercado comum, há que proceder à aplicação eficaz e uniforme dos artigos 81.º e 82.º do Tratado na Comunidade”.

A uniformidade do controlo concorrencial proposta pela Comissão,⁸ e aceita pelo Conselho,⁹ divide-se em duas medidas principais: a descentralização das competências da entidade comunitária quanto à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, é dizer, quanto à legitimidade de determinar serem acordos entre empresas, decisões de associação de empresas, ou práticas concertadas, isentos das proibições do n.º 1 do artigo 101.º; e a instituição da Rede Europeia da Concorrência – REC, formada pela Comissão e autoridades

⁶ REGULAMENTO (CE) n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, J.O. [1962]1 3, p. 204/62, com a última redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999, J.O. [1999] n.º L 5/148.

⁷ As experiências das autoridades e tribunais nacionais em matéria de concorrência podem ser avaliadas através dos relatórios anuais sobre Política da Concorrência e relatórios sobre a aplicação das regras de concorrência comunitária nos Estados-Membros publicados pela Comissão, disponíveis em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html>. Outro parâmetro de comparação entre as experiências nacionais é o quadro de decisões nacionais quanto à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>>.

⁸ Aqui refere-se à proposta de reforma do Regulamento n.º 17 de 1962 pela Comissão ao Conselho: PROPOSTA de Regulamento do Conselho, de 27 de Setembro de 2000, relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 e (CEE) n.º 3975/87, COM [2000] 582 final. Precedido pelo LIVRO BRANCO da Comissão sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, de 12 de Maio de 1999, J. O. [1999] n.º C 132/01.

⁹ O Conselho acatou a Proposta de Regulamento referida no número anterior em: PROPOSTA de regulamento do Conselho, de 19 de Dezembro de 2000, relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 e (CEE) n.º 3975/87 («Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE»), J.O. [2000] n.º C 365E/28.

administrativas nacionais da concorrência em cooperação com os tribunais nacionais, responsável pela cooperação e coerência de actuação entre suas entidades integrantes a nível de aplicação e execução da política comunitária em matéria de concorrência.¹⁰

O processo de modernização consolidado pelo novo Regulamento visa, em última análise, uniformizar e harmonizar as actuações daqueles responsáveis por zelar e promover a concorrência ao longo Mercado Comum. Seguindo essa meta, tem como ponto de partida a reorganização do uso das fontes técnicas e humanas da Comissão de forma a direccionar maior disponibilidade de recursos da Comissão para os casos com efeitos anti-competitivos mais preocupantes e de real dimensão comunitária. Assim esclarece a Comissão no Livro Branco sobre a Modernização das regras de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado:¹¹

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.

Ao abolir o sistema centralizado de notificação e autorização que impedia a aplicação plena do artigo 101.º do Tratado pelas autoridades nacionais da concorrência, e ao criar um sistema que posiciona paralelamente as competências dessas autoridades e as competências da Comissão, interligando tais agentes por uma rede de intercâmbio de experiência e informações, o actual Regulamento descentraliza as funções fiscalizadora e punitiva da Comissão, permitindo, desta maneira, que não desperdice consideráveis recursos apenas examinando notificações de acordos entre companhias, assim como às autoridades nacionais da concorrência e juízes nacionais o desenvolvimento de suas habilidades em aplicar eficiente, simplificada e uniformemente a Política da Concorrência em toda a União.¹²

¹⁰ Considerando (15) do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5.

¹¹ Livro Branco da Comissão sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, cit. 8, parágrafo 8 do “Documento de Síntese”.

¹² O concurso entre promoção da fiscalização eficaz da concorrência e simplificação do controlo administrativo é estabelecido prioridade do novo Regulamento em seu Considerando (2). Ver “*Consequences of the Commission’s Exemption Monopoly*” em EHLERMANN, Claus Dieter – *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, *Common Market Law Review*, p. 541 ss.

1.1) O Regulamento n.º 1/2003 e a aplicação automática do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado no âmbito nacional

O sistema centralizado de notificação e autorização estabelecido pelo Regulamento n.º 17 de 1962 concentrava no órgão comunitário a competência de conceder isenção nos moldes do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado, e serviu aos propósitos existentes na ocasião do surgimento do artigo 85.º do Tratado CE,¹³ no entanto, ao desaparecerem suas razões de criação, passou a deturpar as actividades prioritárias da Comissão.

Dr. Wouter P. J. Wils enumera três justificativas para adopção de um sistema centralizado de notificação pelo Regulamento anterior.¹⁴ Há mais de quarenta anos, as organizações e seus consultores jurídicos não eram capazes de identificar, por si mesmos, a compatibilidade ou não de seus acordos com as provisões do artigo 101.º. Semelhante poderia ocorrer com os tribunais e autoridades nacionais entranhados na tradição europeia daquela época de favorecimento a cartéis, em decorrência haveria o risco de o artigo 101.º não ser aplicado uniformemente ou definitivamente não ser aplicado. A terceira razão diz respeito a uma dúvida relacionada com a possibilidade de ser a decisão de concessão de isenção dependente de decisões políticas discricionárias, o que foi elucidado pelo Comissão como nada mais que margem de avaliação económica imprescindível nesta matéria.¹⁵

De facto, se economistas e juristas detinham alguma experiência em termos de controlo internacional da concorrência, esta se resumia ao ordenamento jurídico norte-americano que reflectia seu poder sobre as nações capitalistas no contexto da Guerra Fria, restando insegurança quanto à legislação comunitária ainda carente de jurisprudência esclarecedora. Situação essa agravada pela natureza revolucionária dos artigos basilares da concorrência na Comunidade diante da tradição de cartelização presente no continente europeu até o termo da Segunda Guerra Mundial, a ser combatida pela primeira vez por uma força supranacional e independente do controlo administrativo ou judiciário nacional.¹⁶

¹³ Ver cit. 4.

¹⁴ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p 6.

¹⁵ Dr. Wouter P. J. Wils é membro do Serviço Jurídico da Comissão Europeia e Professor Auxiliar do King's College London.

¹⁶ Nas economias europeias no período entre Guerras, prevaleciam as medidas proteccionistas das indústrias nacionais, entre as quais a política de amparo a cartéis. Em 1897, a Corte Imperial de Justiça Alemã legalizou a formação de cartéis sob a justificativa de garantir a existência em um mercado altamente competitivo, mesmo contra a lei então vigente. Ver NEUMANN, Manfred – Competition Policy: History, Theory and Practice, p. 25; SOBRAL, Maria do Rosário Rebordão, FERREIRA, João Eduardo Pinto - Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência: Histórias e Conceitos Base da Legislação de Defesa da Concorrência, p. 75; WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p 5.

Mesmo diante da inexperiência dos agentes públicos (autoridades administrativas em matéria de concorrência e tribunais nacionais) e privados (companhias e seus representantes) dos Estados-Membros, já sob a vigência do Regulamento n.º 17 de 1962, os números 1 e 2 do artigo 101.º e o artigo 102.º do Tratado deveriam ser directamente aplicáveis por tribunais nacionais,¹⁷ e às autoridades administrativas nacionais era facultativa a aplicação directa destes dispositivos. Outra medida já permitida antes da vigência do Regulamento n.º 1/2003 é a não aplicação da legislação nacional em nome da prevalência dos dispositivos concorrenciais do Tratado em hipóteses de práticas restritivas que afectem o comércio entre Estados-Membros, mas em processamento em um Estado-Membro.¹⁸

Nos casos em que se verificava a ocorrência das práticas anti-concorrenciais enquadradas nos números 1 e 2 do artigo 101.º do Tratado, as empresas envolvidas que julgavam presentes as condições de isenção de sanções por práticas restritivas à concorrência determinadas pelo n.º 3 do mesmo artigo tinham o dever de notificar à Comissão para gozar do benefício da isenção, ainda que o caso tivesse amplitude nacional, pois “Artigo 9.º Competência. 1. Sem prejuízo do controlo da decisão pelo Tribunal de Justiça, a Comissão tem competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto no n.º 1 do artigo 85.º, nos termos no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado”.¹⁹

Com excepção dos casos enumerados no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17 de 1962, todos os acordos mesmo que, de facto, enquadrados no benefício de isenção, eram tidos como anti-concorrenciais se não notificados à Comissão, conforme determinava o n.º 1 do mesmo artigo. Uma vez constatadas as condições de isenção, a Comissão emitia decisão constitutiva do direito ao benefício, com respectiva data a partir da qual teria efeito. Nos moldes do artigo 6.º do Regulamento n.º 17 de 1962, esta data não podia ser anterior à da notificação.

O Regulamento n.º 1/2003 não obriga os Estados-Membros a remover seus eventuais sistemas de notificação e decisões de isenção do ordenamento jurídico nacional. Os Estados-

¹⁷ Como definiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, actual Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão BRT v. SABAM (127/73), [1974] Colectânea n.º 51, parágrafos 16 e 17.

¹⁸ Ver acórdão Consorzio Industries Fiammiferi (CFI) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, (C-198/01) [2003] Colectânea I-8055. Para esclarecimentos sobre o conceito de efeito no comércio entre os Estados-Membros ver: COMUNICAÇÃO da Comissão, de 27 de Abril de 2004. Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, J.O. [2004] n.º C 101/81. Da mesma forma que nesse parágrafo, o termo “processamento” é utilizado no curso de todo o texto predominantemente no sentido derivado do verbo “proceder (prep. a)”, dar procedimento a algo; e não no sentido estritamente jurídico derivado do substantivo “Processo”, tecnicamente empregado coma referência a um processo de natureza judicial em distinção ao processo de natureza administrativa juridicamente designado “Procedimento (Administrativo)”.

¹⁹ Regulamento n.º 17 de 1962, cit. 6.

Membros podem manter um regime de notificações de utilização facultativa pelas companhias que optarem pela confirmação da legitimidade de seus acordos perante as autoridades nacionais, desde que o n.º 3 do artigo 101.º conserve-se directamente aplicável. Entretanto, a grande maioria dos Estados-Membros seguiu o modelo da reforma comunitária, abolindo seus regimes de notificação na esfera nacional. Da mesma forma que o ocorrido com a Comissão, as autoridades nacionais passaram a disponibilizar mais recursos para o trato de infracções mais sérias. Até Abril de 2009, as autoridades nacionais da concorrência de mais de 20 Estados-Membros já operavam sem sistema de notificação.²⁰

Outro instrumento de notificação do sistema centralizado abolido pelo novo Regulamento foi o Certificado Negativo previsto no artigo 2.º do Regulamento n.º 17 de 1962. Os Certificados Negativos eram declarações da Comissão feitas a pedido das companhias interessadas que excluía acordos, decisões ou práticas da ilegalidade não somente do artigo 101.º mas também do artigo 102.º do Tratado. Tanto esta possibilidade de notificação quanto a apresentada anteriormente geravam decisões de natureza constitutiva, enquanto o Regulamento n.º 1/2003 permite que a Comissão apenas se posicione sobre determinada prática entre empresas ou organizações, é dizer, a Comissão emite decisões **declaratórias** de não violação à concorrência.²¹

Actualmente, o direito ao benefício da isenção é constituído no momento em que um acordo entre companhias é estabelecido nos moldes do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado, a prescindir de decisão da Comissão a este respeito.²² O Regulamento n.º 1/2003 liberta a Comissão da obrigação de manifestar-se em casos de menor importância a nível comunitário, todavia, mantém restrita ao órgão comunitário a competência de, por própria iniciativa, emitir decisões de não violação caso entenda haver interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.²³

²⁰ EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, de 29 de Abril de 2009, COM [2009] 206 final [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0574:FIN:EN:PDF>>, p. 15.

²¹ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p 4.

²² N.º 2 do artigo 1.º do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5. Os termos acordos, decisões e práticas concertadas, quando utilizados isoladamente ao longo do texto, referem-se a comportamentos anti-competitivos em geral, que podem ser acordos, decisões e/ou práticas concertadas tidos como “[...] conceitos autónomos da legislação comunitária em matéria de concorrência que abrangem a coordenação de comportamento das empresas no mercado tal como interpretado pelos tribunais da Comunidade”, Considerando (8) do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5. Importante lembrar que os casos iniciados sob a vigência do Regulamento n.º 1 de 1962 continuam a ser processados nos termos deste Regulamento.

²³ Segundo o disposto no artigo 10.º do Regulamento n.º 1/2003, reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, p. ex., no acórdão Bagnasco, BPN e Carige (Processos reunidos C-215/96 e C-216-96), [1999] Colectânea I-179, parágrafo 50. O artigo 5.º do Regulamento dispõe numerosas cláusulas de decisões possíveis de serem adoptadas por autoridades nacionais da concorrência quando da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do

1.2) A nova ordem de competências comunitárias das autoridades e tribunais nacionais da concorrência e da Comissão segundo o Regulamento n.º 1/2003

Diante da abolição do sistema centralizado de notificação, o novo Regulamento delega competências comunitárias a todos os agentes controladores da concorrência com intuito de facilitar a aplicação uniforme das regras da concorrência em todos os Estados-Membros. O sistema vigente permite a optimização da aplicação de recursos da União pela Comissão, é dizer, torna mais eficaz a dedicação deste órgão, não só a sua principal tarefa de reprimir infracções de real dimensão comunitária e mais graves como cartéis de fixação de preços ou de divisão de quotas de mercado, como também delega-lhe as funções de clarificar a legislação comunitária e garantir a aplicação consistente e uniforme do ordenamento jurídico da concorrência em toda a União Europeia.²⁴

Em 1997, a Comissão fez a primeira tentativa de melhor aplicar seus recursos. Com o objectivo de aliviar sua carga de notificações protelatórias, o órgão comunitário determinou em uma comunicação sobre a Cooperação entre ela e autoridades nacionais da concorrência: “57. [...] se a Comissão entender que o principal objectivo da notificação é bloquear o processo nacional em razão da sua competência exclusiva em matéria de isenções, a Comissão considera ter justificação para não proceder ao seu exame prioritariamente”.²⁵ Verifica-se aqui, todavia, que a medida não encontrava amparo legal, uma vez contrária ao Regulamento do Conselho então em vigor.

O caminho em direcção à aplicação uniforme do direito comunitário da concorrência não poderia continuar a ser percorrido em decorrência da sobrecarga de casos, claramente solucionáveis por autoridades e tribunais nacionais, mas sob a responsabilidade da Comissão. O Regulamento n.º 1/2003 delega atribuições conjuntas à Comissão, autoridades administrativas e tribunais nacionais. Na esfera administrativa, surge o sistema de

Tratado a casos individuais, dentre as quais não consta a decisão que diz não ser anti-competitivo um acordo, práticas ou decisão entre empresas, a decisão de não violação (denominada pela literatura em língua inglesa sobre o tema non-infringement decision).

²⁴ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p 10 ss. Sobre a atribuição de competências a nível nacional ou comunitário, Philip Lowe, Ex-Director Geral da Concorrência, defende a selecção de casos a serem processados em Bruxelas: “In the meantime, we have some very important cases to deal with where competition could be distorted on a much wider level. Just as with antitrust, we need to focus our resources on the most important cases”, Mc CALLUM, Linsey; PESARESI, Nicola – Interview with Philip Lowe, Director-General for Competition: Promoting competition in the enlarged European Union, European Commission Competition Policy Newsletter, p. 3.

²⁵ 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, de 15 de Outubro de 1997, J.O. [1997] n.º C 313/03.

competências paralelas, prescrito nos Considerandos (4) e (22), e consolidado pela Comunicação da Comissão sobre a Cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência.²⁶ O sistema de aplicação directa do n.º 1 do artigo 101.º e do artigo 102.º foi estendido ao n.º 3 do artigo 101.º, o regime de concessão de isenção anteriormente responsável pelo grande volume de notificações à Comissão passou a ser um regime de excepção directamente aplicável também na esfera nacional do controlo da concorrência.

O regime de excepção directamente aplicável, como a sua própria designação determina, não exige decisão prévia de qualquer autoridade ou tribunal para que acordos entre empresas gozem do benefício do n.º 3 do artigo 101.º, mas permite intervenção das forças nacionais ou comunitárias neste sentido. Sendo assim, a Comissão dedica-se aos casos mais graves e de dimensão comunitária, autoridades e tribunais nacionais da concorrência voltam-se para as situações de abrangência nacional, e as companhias reduzem seus custos burocráticos nesta matéria.

Na ocasião da entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão explicou a lógica da aplicação directa de excepções consolidada no artigo 1.º e Considerando (4):²⁷

The Commission, for its part, proposed to the Council abolition of the authorisation and notification system at Community level because it created an unnecessary burden and distracted the authority from the detection and repression of severe violations, which were obviously never notified. This was done by Regulation (EC) No 1/2003. A number of national competition authorities have experienced the same phenomenon and are in the process of either abolishing or at least slimming down substantially their notification system. These reforms will allow the public enforcers to concentrate on the core activity, which is to detect, bring to an end and sanction infringements.

O regime em vigor desobriga a Comissão de intervir em casos desprovidos de interesse público comunitário, mas mantém sua prerrogativa de, a qualquer tempo, intervir em um procedimento realizado por uma autoridade nacional da concorrência, conforme a lógica do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003.²⁸ Este dispositivo é complementar, no sentido de delegar à Comissão a função de agente harmonizador da aplicação do direito comunitário

²⁶ Mais exactamente, em seus parágrafos 1. e 5. COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, de 24 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º C 101/43, a partir deste ponto denominada Comunicação sobre a Cooperação na REC.

²⁷ Mc CALLUM, Linsey; PESARESI, Nicola – Modernisation and the new network of competition authorities, European Commission Competition Policy Newsletter, p. 2.

²⁸ Ver item “3.2. Início do processo pela Comissão nos termos do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento do Conselho” da Comunicação sobre a Cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, cit. 26, mais exactamente, seu parágrafo 54. A Comunicação limita temporalmente a liberdade de iniciativa da Comissão na medida certa para garantir sua função de fiscalizador comunitário da concorrência, dar segurança às autoridades nacionais de poderem agir até o final do processo sem intervenção da Comissão, assim como para viabilizar o direito de defesa das organizações na medida em que passam a ter certeza quanto à legislação processual a seguir.

da concorrência, ao n.º 2 do artigo 16.º do Regulamento que proíbe as autoridades nacionais de decidirem contrariamente à eventual decisão anterior da Comissão.

1.2.1) Competências das autoridades administrativas nacionais em matéria de concorrência

No actual sistema de cooperação estreita entre a Comissão e as autoridades nacionais da concorrência dos Estados-Membros, a entidade comunitária conserva a competência sobre qualquer acontecimento atentatório à concorrência na União. O n.º 3 do artigo 11.º obriga as autoridades nacionais da concorrência a informar à Comissão sobre qualquer acção em aplicação dos artigos 101.º e 102.º Tratado, depois de terem dado início à investigação formal. Na mesma medida, a entidade comunitária compartilha esta prerrogativa com o âmbito nacional, pois o n.º 3 do artigo 11.º permite que a mesma informação de abertura de procedimentos seja fornecida às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros.

O Regulamento não exige que a Comissão informe às autoridades administrativas nacionais sempre que principiar procedimentos sob o amparo dos artigos 101.º e 102.º, mas sim quando da tomada das decisões previstas nos artigos 7.º, 8.º, 9.º, 10.º e n.º 1 do artigo 29.º. No mais, a Comissão também tem por dever enviar cópias de outros documentos necessários ao entendimento do processo sempre que uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência solicitar, e responder seus questionamentos relativamente à aplicação do direito comunitário.²⁹

Na Primeira Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, realizada nos dias 3 e 4 de Novembro de 2005, Rosa Greaves, ao tratar do impacto do Regulamento n.º 1/2003 na União Europeia, classificou a cooperação entre Comissão e autoridades administrativas nacionais, e entre as autoridades entre si, em vertical e horizontal.³⁰ As obrigações de troca de informações acima descritas entre esfera comunitária e esfera nacional são tidas como cooperação vertical na medida que a Comissão é vista como órgão superior na hierarquia do sistema de controlo europeu da concorrência.

Por cooperação horizontal a autora define o trabalho conjunto entre autoridades dos Estados-Membros, consideradas no cenário da União como instâncias de mesmo nível, todavia, competentes por jurisdições geográfica e politicamente diversas. Partindo deste conceito, o Regulamento n.º 1/2003 permite, mas não impõe, a colaboração entre os órgãos

²⁹ Regulamento n.º 1/2003, cit. 5, números 2 e 5 do artigo 11.º.

³⁰ MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds. – International Competition Law Series: Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement. Vol. 31, p. 34.

nacionais da concorrência, a exemplo da troca de informações entre Estados-Membros e da suspensão facultativa de um processo, contra a mesma prática, por todas as outras autoridades quando uma delas já está a proceder à instrução.³¹

O reconhecimento de dois sentidos para a actual divisão de competências é pertinente e possui precedentes. Prof. David J. Gerber, na 17.^a edição de *The Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, realizado nos dias 12 e 13 de Junho de 2002, no *European University Institute* em Florença, classificou a divisão de atribuições da rede de interacção entre a Comissão e as autoridades nacionais em matéria de concorrência no estágio que se encontra como um modelo interactivo central.³² A denominação indica que a Comissão ocupa uma posição central de direcção do sistema, isto porque todos os membros da Rede, salvo raras excepções, devem aplicar a legislação europeia de modo que a Comissão acaba por ser a detentora do processo de elaboração de decisões também no âmbito nacional. A denominação encontra claramente amparo na texto introdutório do novo Regulamento:

(34) Os princípios consignados nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, tal como aplicados pelo Regulamento n.º 17, atribuem aos órgãos da Comunidade um papel central que será conveniente manter, garantindo ao mesmo tempo uma mais estreita participação dos Estados-Membros na aplicação das regras comunitárias de concorrência.

A interactividade do modelo consiste na fluência multi-direccional de informações e influências por toda a Rede. De facto, informações e influências fluem em múltiplos sentidos, mas a predominância das competências da Comissão sobre as esferas nacionais é incontestável a partir da análise do Regulamento n.º 1/2003 e do esclarecimento das contradições presentes na Comunicação da Comissão sobre a Cooperação no âmbito da Rede de Autoridades da Concorrência.³³ A Comunicação, que é o documento basilar da cooperação entre os agentes promotores da concorrência na União, conduz em seus primeiros parágrafos à ideia de serem equiparadas às competências entre todos os agentes:

1. O Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, [...] cria um sistema de competências paralelas em que a Comissão e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros (a seguir denominadas «ANC») ⁽²⁾ podem aplicar os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (a seguir denominado «Tratado»).
5. [...] Segundo este sistema de competências paralelas, os casos serão tratados por:
 - uma única ANC, eventualmente com a assistência das ANC de outros Estados-Membros; ou
 - várias ANC agindo em paralelo; ou
 - a Comissão.

³¹ A questão da troca de documentos e informações entre os Estados-Membros será analisada detalhadamente no item 3.1.

³² EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds. – *European Competition Law Annual: 2002 Constructing the EU Network of Competition Authorities*, p. 53.

³³ Aqui refere-se aos parágrafos 14 e 15 da Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26.

A equiparação de competências entre todos os agentes promotores da concorrência não se verifica, pois as autoridades nacionais da concorrência podem no novo regime aplicar directamente todas as disposições dos artigos 101.º e 102.º do Tratado da mesma forma que a Comissão, mas estão sujeitas à faculdade do órgão comunitário de tomar o processamento do caso. Já no âmbito das autoridades nacionais entre si, estas devem respeitar aquela que primeiro tomou medidas em relação a um acordo ou prática, ou aquela territorialmente melhor posicionada para instruir e processar o caso.³⁴ As autoridades devem atender às medidas ligadas à eficácia de processamento e segurança jurídica quanto aos direitos de defesa das organizações investigadas, porém mantendo a equiparação hierárquica entre jurisdições dos Estados-Membros.

A redacção do parágrafo 1 da Comunicação sobre a Cooperação na REC deveria, em vista disso, afirmar que o Regulamento n.º 1/2003 cria um sistema de competências paralelas somente entre as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros para a aplicação directa dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, uma vez que a competência da Comissão no desempenho de sua função de responsável pela aplicação homogénea e efectiva das regras da concorrência em toda a União, nos termos do Tratado e do Regulamento em questão, é predominante sobre as competências das autoridades nacionais.

O texto do parágrafo 5 da Comunicação sobre a cooperação na REC também é inadequado à real divisão de competências entre autoridades dos Estados-Membros e a Comissão. O parágrafo, acima transcrito, posiciona subsidiariamente a competência da Comissão para o processamento dos casos de aplicação dos artigos concorrenciais do Tratado – artigos 101º a 106º, para efeito da presente análise, 101.º e 102.º. Dizer que os casos serão tratados por uma única ANC, ou por várias ANC agindo em paralelo; “ou” pela Comissão, leva à conclusão de existir uma ordem de preferência entre as três possibilidades de processamento. Seguindo esta interpretação, a Comissão ocupa a última posição da ordem de competências e, portanto, só poderá agir mediante a inércia das autoridades nacionais dos Estados-Membros, agindo isolada, conjunta ou paralelamente. Uma construção textual coerente com o actual Regulamento, excluiria a Comissão da estrutura do parágrafo 5, destacando a força maior de suas atribuições em um parágrafo independente.

Com excepção dos parágrafos introdutórios acima expostos, os demais dispositivos da Comunicação sobre a Cooperação na REC seguem a lógica do Regulamento n.º 1/2003, pois conferem maior amplitude às competências da Comissão em relação às competências das

³⁴ Ver artigo 35.º do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5; e parágrafos 6 a 15 da Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit.26.

autoridades da concorrência dos Estados-Membros. Os parágrafos 14 e 15 da Comunicação estabelecem, basicamente, três critérios para a divisão de atribuições entre o âmbito comunitário e o nacional: um critério objectivo; outro a ser aqui nomeado como misto, é dizer, tanto objectivo quanto subjectivo; e um critério inteiramente subjectivo.³⁵

O critério objectivo é previsto no parágrafo 14 da Comunicação sobre a Cooperação na REC, e consiste na hipótese “um ou mais acordos ou práticas, incluindo redes de acordos ou práticas semelhantes, afectarem a concorrência em mais de três Estados-Membros (mercados transfronteiras que abrangam mais de três Estados-Membros ou vários mercados nacionais)”. Neste caso, não há margem alguma de subjectividade quanto a determinação da autoridade competente para processar a infracção. O número de Estados-Membros afectados por determinadas distorções à concorrência é objectivamente identificável pela análise jurídico-económica, e sempre que for igual ou superior a “três” a Comissão é competente.

O critério misto e o subjectivo são previstos no parágrafo 15:

Além disso, a Comissão encontra-se particularmente bem posicionada para instruir um processo se este estiver estreitamente ligado a outras disposições comunitárias que possam ser aplicadas a título exclusivo ou mais eficientemente pela Comissão, se o interesse comunitário exigir a adopção de uma decisão da Comissão para desenvolver a política de concorrência comunitária em presença de uma nova questão de concorrência ou para assegurar uma aplicação efectiva.

O primeiro, o critério misto, deve ser examinado atentamente, sob pena de ser sua subjectividade ignorada. Aqui refere-se aos processos estreitamente ligados “[...] a outras disposições comunitárias que possam ser aplicadas a título exclusivo ou mais eficientemente pela Comissão [...]”. A face objectiva do critério misto de atribuições de competências entre Comissão e Estados-Membros concentra-se no termo “a título exclusivo”. Questões comunitárias a serem aplicadas exclusivamente pela Comissão são estabelecidas por lei e pela jurisprudência, compondo um *numerus clausus* de questões dessa natureza.³⁶

A face subjectiva do critério misto revela-se no termo “mais eficientemente”. O conceito de questões comunitárias que possam ser mais eficientemente aplicadas pela Comissão deixa margem de discricção a ser definida pelo próprio ente comunitário. A Comissão poderá tomar a competência sobre um caso sempre que entender ser mais eficiente para tanto. Obviamente, uma decisão da Comissão nesse sentido pode ser reformada pelos Tribunais Comunitários, mas deve-se advertir para a especificidade da jurisprudência resultante e sua aplicabilidade na determinação da competência da Comissão em outros casos,

³⁵ O sistema de atribuição de casos será também explorado no item 2.3.1.

³⁶ A exemplo da competência da Comissão para processamento de casos no âmbito dos Auxílios Estatais. Ver acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, *Thyssenkrupp Stainless v Commission* (193/26), [2009], parágrafos 81 e 82; e *González y Díez v Commission* (247/36), [2007] Colectânea n.º I-3121.

uma vez que o grau de eficiência da entidade comunitária para processar uma infracção varia com as peculiaridades de cada situação concreta.

A subjectividade do último critério reside na liberdade da Comissão para decidir se o caso é dotado de interesse comunitário, e de decidir se o interesse exige “[...] a adopção de uma decisão da Comissão para desenvolver a política da concorrência comunitária [...] ou para assegurar uma aplicação efectiva”.³⁷ Nesse ponto, a Comunicação sobre a Cooperação na REC trata de “interesse comunitário”, um conceito inerente a todas as disposições do Tratado e dos regulamentos dele derivados, pois representa o fim que o ordenamento jurídico comunitário visa alcançar. Em matéria de concorrência, o critério pode ser interpretado objectivamente se restrito à perspectiva de interesse comunitário inerente aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, nos termos do n.º 1 do artigo 105.º do Tratado:

Sem prejuízo do disposto no artigo 104.º, a Comissão velará pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101.º e 102.º. A pedido de um Estado-Membro, ou officiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infracção a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infracção, proporá os meios adequados para se lhe pôr termo.

Este ponto de vista é coerente quanto à manutenção da posição de autoridade administrativa superior da Comissão, porém, limita o ideal de interesse comunitário às provisões dos artigos 101.º e 102.º. Os princípios específicos da política da concorrência devem ser considerados parte do conjunto de princípios regentes da política económico-social no Mercado Comum,³⁸ em consequência do que visualiza-se a amplitude de casos a serem declarados de interesse comunitário. Não há uma definição clara, legislativa ou jurisprudencial, de interesse público comunitário como ocorre, por exemplo, com a conceituação de afectação do comércio entre os Estados-Membros.³⁹ Dito isso, nota-se que a Comissão conta com considerável discricionariedade para entender presente o interesse comunitário e tomar a competência sobre um caso, mesmo antes de tê-lo investigado.⁴⁰

A segunda parte do parágrafo 15 da Comunicação sobre a Cooperação na REC reforça a posição da Comissão como promotora da cultura comum da concorrência na União. A Comissão é melhor posicionada quando a infracção suscitar decisão inédita e por isso importante para o desenvolvimento da política de concorrência comunitária, ou sempre que a

³⁷ Novamente destaca-se que as acções da Comissão podem ser contestadas por meio dos tribunais comunitários.

³⁸ Ver SOUTER, Wolf – Competition Law and Industrial Policy in the EU; VIVES, Xavier ed. – Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome, p 1 ss.

³⁹ Ver cit. 18.

⁴⁰ Somente as investigações no curso da instrução de um processo em matéria de concorrência pode comprovar se a infracção em questão é de abrangência comunitária ou nacional. No entanto, a Comissão pode, ainda que não tenha indícios suficientes, assumir a competência sobre um processo antes de sua efectiva instrução.

aplicação efectiva e uniforme do ordenamento jurídico concorrencial da União esteja em risco. A disposição é, ao fim, a conjunção dos critérios misto e subjectivo. Tanto que obedece aos mandamentos do Regulamento n.º 1/2003 no Considerando (14) e artigo 10.º.

Nesses pontos, o novo Regulamento assegura ao ente comunitário a atribuição de aprovar decisão declaratória que afaste a incidência das proibições dos artigos 101.º e 102.º em nome do interesse público comunitário e no intuito de “[...] clarificar a legislação e assegurar a sua aplicação coerente na União, especialmente no que se refere a novos tipos de acordos ou práticas que não estejam consagrados na jurisprudência existente, nem na prática administrativa”.⁴¹

A Comunicação sobre a Cooperação na REC denomina “desenvolver a política comunitária” aquilo que o Regulamento chama de “clarificar a legislação” quando a acção da Comissão justifica-se na novidade da infracção para o sistema de controlo da concorrência no Mercado Comum. Denominações à parte, interessa a convergência de todos os critérios nesse último e a confirmação da preeminência das atribuições da Comissão em comparação às das autoridades administrativas nacionais.

1.2.2) Competências dos tribunais nacionais

Esclarecida a divisão de competências no âmbito administrativo, faz-se necessário posicionar as atribuições dos tribunais nacionais nesse cenário. O documento regulamentador da cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais precisou ser reformado em 2004,⁴² em sequência às novas ligações estabelecidas pelo Regulamento n.º 1/2003 e acompanhando a Comunicação sobre a Cooperação na REC. A nova Comunicação de cooperação entre Comissão e tribunais nacionais pode ser entendida como a versão aplicada ao âmbito judiciário da Comunicação sobre a Cooperação na REC.⁴³ Isso porque os tribunais nacionais não fazem parte da Rede Europeia da Concorrência, mas são elementos essenciais na

⁴¹ Considerando (14) do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5.

⁴² COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 27 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º C 101/54; sucessora da COMUNICAÇÃO sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE, de 13 de Fevereiro de 1993, J.O. [1993] n.º 39/05. A aplicação da legislação comunitária da concorrência por tribunais nacionais foi uma das metas da Comissão nos anos próximos à Comunicação de 1993, ocupando por esta razão uma secção nos Relatórios Anuais sobre a Política da Concorrência, p. ex., 20th Report on Competition Policy – 1990, 360-362; 21st Report on Competition Policy – 1991, 444-446; 22nd Report on Competition Policy – 1992, pontos 45-52. Ver European Monographs: Current and Future Perspectives on EC Competition Law. Laurence Gormley ed., p. 73

⁴³ Seguindo a lógica de que a Comunicação da Comissão sobre a Cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, cit. 26, é sucessora da 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, cit. 25.

estratégia traçada pelo Regulamento n.º 1/2003: através da integração entre os agentes nacionais, promover a uniformidade e eficácia do controlo da concorrência em toda a União.

Essa cooperação foi regulamentada tardiamente considerando que a legislação da concorrência foi incorporada aos regimes nacionais dos países fundadores do Mercado Comum em 1957 (Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Países Baixos),⁴⁴ e tornou-se automaticamente parte do ordenamento jurídico dos posteriores Estados-Membros a partir de suas adesões (Dinamarca, Irlanda, em Reino Unido, em 1973; Grécia, em 1981; Espanha e Portugal em 1986).⁴⁵ Por consequência, as proibições prescritas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado já eram directa e efectivamente aplicáveis pelos tribunais nacionais sob a vigência do regulamento anterior, contudo, a ausência de melhor adequação das leis nacionais às leis comunitárias e de um sistema oficial de intercâmbio de experiências e informações com a Comissão dificultava o desempenho dos judiciários nacionais.⁴⁶

O Regulamento n.º 1/2003 incluiu definitivamente os tribunais nacionais na dinâmica de cooperação entre as esferas nacionais e a comunitária para a promoção da concorrência no Mercado Comum, concedendo-lhes a competência para aplicar integralmente os artigos 101.º e 102.º do Tratado, nos termos do Considerando (7) e artigo 6.º; e impondo-lhes as mesmas obrigações e prerrogativas das autoridades administrativas, de acordo com os Considerandos (4) e (8), e artigo 3.º. Na última frase do n.º 1 do artigo 35.º, é clara a inclusão dos tribunais nacionais no conceito de “autoridades em matéria de concorrência”:

Artigo 35.º Designação das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. 1. Os Estados-Membros devem designar a autoridade ou autoridades em matéria de concorrência responsáveis pela aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado de forma a que

⁴⁴ Embora a primeira regulamentação date de 1962: Regulamento n.º 17 de 1962, cit. 6, KORAH, Valentine, cit. 2, p. 33.

⁴⁵ A cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais já devidamente regulamentada passou a incidir sobre os Estados-Membros do Espaço Económico Europeu em 1994– Noruega, Islândia e Liechtenstein, Áustria, Finlândia, Suécia (os últimos três países passaram de membros do Espaço Económico Europeu a membros da União Europeia em 1995), sobre a República Checa, Estónia, Letónia, Lituânia, Hungria, Polónia, Eslovénia, Eslováquia, Chipre e Malta com suas adesões em 2004; Bulgária e Roménia em 2007. Para mais informações sobre o processo de expansão da União Europeia ver CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de – Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia, 5.ª ed.; DEDMAN, Martin J. – The Origins and Development of the European Union 1995-2008: a history of European integration.

⁴⁶ Conforme relatório da Comissão de 2004 sobre a aplicação das regras comunitárias da concorrência nos Estados-Membros. Com a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, dos então 25 Membros, 20 promoveram alterações legislativas para atender às novas directrizes de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e de cooperação com a Comissão e demais Estados-Membros: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovénia, Eslováquia, Espanha, Finlândia, França, Hungria, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suécia; EUROPEAN COMMISSION – Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: Parte III – Aplicação das regras de concorrência nos Estados-Membros [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2005/aecr_2005_pt.pdf>.

sejam efectivamente respeitadas as disposições do presente regulamento. [...] As autoridades designadas podem incluir os tribunais.

No entanto, o Considerando (21) sobrepõe a possível interpretação do artigo 35.º de que somente as autoridades judiciais designadas pelos Estados-Membros serão responsáveis pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º. No Considerando (21), o novo Regulamento consagra a importância da inclusão de todo o Poder Judiciário, de cada Estado-Membro, para a aplicação coerente das regras de concorrência comunitária, seja o tribunal designado ou não como autoridade da concorrência:

A aplicação coerente das regras de concorrência exige também a adopção de mecanismos de cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros e a Comissão. Este requisito é pertinente para todos os tribunais que apliquem os artigos 81.º e 82.º do Tratado aos processos entre partes privadas, quer como instâncias de aplicação da lei, quer como tribunais de recurso.

Em outras palavras, toda a diversidade de tribunais componentes da estrutura jurisdicional dos Estados-Membros, em todas as disciplinas jurídicas e em todas as instâncias, são potenciais agentes da concorrência comunitária.⁴⁷ Os tribunais civis - tribunais que aplicam os artigos 101.º e 102.º aos processos entre partes privadas, a exemplo de tribunais administrativos e comerciais – por consequência, têm função equiparada aos tribunais competentes em matérias de natureza estritamente pública. O âmbito judiciário civil deve agir como complemento da execução pública das leis da concorrência da União.⁴⁸

A estrutura do Poder Judiciário francês é actualmente referência de aplicação do regime comunitário do controlo da concorrência pelos tribunais competentes em direito privado. Na França, além dos tribunais administrativos que, naturalmente, ocupam-se da aplicação pública do direito comunitário da concorrência, há também tribunais civis e comerciais. Dentre estes últimos, há aqueles exclusivamente competentes em matéria de concorrência, de forma que os juízes envolvidos especializam-se progressivamente e adquirem a cultura da concorrência.

No tópico anterior, foi sustentada a ideia de prevalência das competências da Comissão sobre as das autoridades administrativas em matéria de concorrência do Estados-Membros, enquanto que no presente tópico, foi demonstrado que o Regulamento n.º 1/2003 define como

⁴⁷ Estão incluídos neste contexto até mesmo tribunais criminais, caso o Estado-Membro possua provisões criminais em sua legislação de controlo da concorrência.

⁴⁸ O estudo da aplicação do direito comunitário da concorrência divide-se em dois ramos principais: um diz respeito à aplicação pública, e outro à aplicação privada deste ordenamento. Em resumo, a aplicação privada significa o uso da legislação comunitária, nomeadamente, dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, e seus referentes regulamentos e comunicações, no contencioso entre pessoas físicas ou jurídicas de natureza privada. O presente estudo é direccionado exclusivamente à aplicação pública do direito comunitário da concorrência, porém, os seguintes títulos analisam o âmbito privado: KOMNIMOS, Assimakis – EC Private Antitrust Enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts; Jürgen Basedow ed. – International Competition Law Series: Private Enforcement of EC Competition Law; MÖLLERS, Thomas M. J.; HEINEMANN, Andreas – The Enforcement of Competition Law in Europe.

autoridades em matéria de concorrência, tanto aquelas do âmbito administrativo como aquelas do âmbito judicial. Em análise lógica, e em conformidade com o artigo 16.º, conclui-se que, estando as atribuições relativas ao controlo da concorrência dos tribunais e das autoridades administrativas no mesmo nível, as competências da Comissão também prevalecem sobre as dos tribunais nacionais. Com excepção da situação prevista no n.º 3 do artigo 35.º. Neste caso, a competência da Comissão prescrita no n.º 6 do artigo 11.º não prevalece sobre a competência dos tribunais nacionais agindo em fase recursal das decisões de autoridade nacional da concorrência prescritas no artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003.⁴⁹

A cooperação entre Comissão e os tribunais nacionais, e entre as autoridades administrativas e os tribunais nacionais, recebeu, além dos dispositivos acima apresentados, um artigo destinado à troca de informações e assistência em matéria de concorrência entre esses agentes, confirmando a possibilidade já prevista no artigo 10.º do Tratado de Roma de tribunais nacionais solicitarem assessoramento legal e económico da Comissão.⁵⁰

O n.º 1 do artigo 15.º determina o dever da Comissão de fornecer informações e emitir parecer quanto às questões relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência, respeitando o direito a confidencialidade de informações e segredo comercial que assiste às organizações envolvidas nos termos determinados pelo Tribunal de Justiça da União em *Netherlands e Van der Wal v Comissão*.⁵¹

O n.º 2 do artigo 15.º, em contrapartida, redimensiona a relação “direitos e deveres” entre o nível comunitário e o nacional, posicionando novamente a Comissão como órgão central do controlo da concorrência na União: “Os Estados-Membros devem transmitir cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação

⁴⁹ O n.º 6 do artigo 11.º foi tratado no tópico 1.2, e o artigo 5.º será melhor analisado no capítulo 2.

⁵⁰ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 27. Aqui trata-se do artigo 10.º do Tratado de Roma, reproduzido até sua Versão Consolidada do Tratado que institui a Comunidade Europeia, cit. 2, e revogado pela actual versão do Tratado de Roma com as alterações realizadas pelo Tratado de Lisboa: o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, cit. 1. O artigo 10.º estabeleceu o dever de cooperação e solidariedade entre os Estados-Membros da União: “Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade. Os Estados-Membros facilitam à Comunidade o cumprimento da sua missão. Os Estados-Membros abstêm-se de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado”. O artigo foi revogado do TFUE, mas introduzido, com reformulação textual, como parte do artigo 3.º do Tratado Maastricht de 1992, actual Tratado da União Europeia, com última alteração feita pelo Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, de 17 de Dezembro de 2007, cit. 1, no decorrer do texto referido como “Tratado da União Europeia”: “A União promove a coesão económica, social e territorial, a solidariedade entre os Estados-Membros”.

⁵¹ Processos reunidos C-174/98 P e C-189-98 P, [2000] Colectânea I-47, parágrafos 20-25. No item 3.1 será analisado o regime vigente de troca de informações entre os agentes controladores da concorrência na União, p. ex., o dever de cooperação leal entre a Comissão e os tribunais nacionais, e, conseqüentemente, o conflito entre o sistema de troca de informações em nome do interesse público comunitário e o princípio da igualdade entre as partes e os direitos de defesa.

dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado. Essa cópia deve ser transmitida sem demora após a sentença escrita integral ter sido notificada às partes”.

O n.º 3 do artigo 15 regulamenta a intervenção *amicus curiae*, de forma escrita ou oral no curso do processo aos tribunais nacionais pela Comissão e por autoridades administrativas da concorrência dos Estados-Membros agindo por suas próprias iniciativas, é dizer, sem possibilidade de solicitação de tal intervenção pelas partes envolvidas. A manifestação escrita não exige consentimento do tribunal em causa, ao contrário da forma oral, mesmo que se trate de intervenção da Comissão. Em matéria de submissão de observações escritas, a actuação da Comissão é mais restrita que a das autoridades nacionais da concorrência, visto que o n.º 3 do artigo 15.º permite que a Comissão intervenha somente “nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar a aplicação coerente dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado”.

Nesse sentido, a Comissão informa sobre o primeiro caso de sua atuação nos termos do n.º 3 do artigo 15.º no ano de 2006, perante a *Cour d'appel de Paris* no caso "Garage Gremeau", no qual contribuiu por escrito para a interpretação do conceito de distribuição seletiva quantitativa presente no Regulamento da Comissão n.º 1400/2002. As observações orais predominam sobre as escritas. As intervenções da entidade comunitária são curtas e concentram-se nos aspectos particulares dos casos importantes para a criação de um entendimento uniforme sobre determinadas questões, para a coordenação com os casos em processamento pela Comissão ou pelos tribunais comunitários. Importante ressaltar que a Comissão, em termos de intervenção *amicus curiae*, não revela novas evidências ou quaisquer outras informações capazes de incriminar as organizações acusadas.⁵²

O *ECN Working Group on Cooperation Issues* apresentou, em 14 de Abril de 2008, as respostas dos Estados-Membros aos questionários sobre a adaptação das legislações nacionais a algumas das principais medidas da reforma comunitária, dentre as quais, a promoção da assistência *amicus curiae* em matéria de concorrência das autoridades administrativas aos tribunais.⁵³ Em reacção à pergunta “13) Does (or will) your national law include provisions to facilitate the use of Art. 15.3, Reg. (amicus curiae)?”, Alemanha, Eslováquia, Espanha, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Lituânia, Países Baixos, Polónia, Reino Unido e Suécia afirmaram directamente que sim, há em seus ordenamentos jurídicos provisões auxiliares ao uso do n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003.

⁵² COMMISSION Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, pp. 75 e 81.

⁵³ ECN WORKING GROUP ON COOPERATION ISSUES – Results of the questionnaire on the reform of Member States (MS) national competition laws after EC Regulation No. 1/2003 [Em linha]. [Consult. 05 Mar. 2010], p. 8. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/news.html>>.

Em Estónia, a consulta às autoridades administrativas da concorrência pelos tribunais nacionais é, até mesmo, obrigatória. Em Letónia, apesar de não ser obrigatória, há a recomendação legal de consulta (“*The NCA may be consulted by national civil courts in antitrust cases*”). Áustria, Dinamarca, Finlândia e República Checa declararam que não possuem provisões específicas neste sentido, mas que a assistência é possível por outros meios, em regras, de direito processual civil. Roménia respondeu afirmativamente, todavia, a descrição do mecanismo de assistência *amicus curiae* não corresponde à lógica de interferência administrativa em questões judiciais do Regulamento. O Judiciário da Roménia deve informar ao âmbito administrativo sobre seus posicionamentos em questões concorrenciais: “*The Competition Council shall communicate its point of view on any competition issue, at the request of national courts*”.

O artigo 15.º é a transcrição de mais uma das principais metas da Política da Concorrência da União Europeia reformada pelo Regulamento n.º 1/2003: disseminar a cultura da concorrência também nos judiciários nacionais. As Propostas de Regulamento da Comissão e do Conselho formalizaram a necessidade de equiparar os tribunais nacionais às autoridades nacionais na qualidade de promotores da aplicação coerente da legislação da concorrência ao longo do Mercado Comum,⁵⁴ o que gerou opiniões diversas entre os envolvidos no controlo da concorrência.

Nesse ponto, o Regulamento n.º 1/2003 é contestável, segundo defende Valentine Korah.⁵⁵ A autora questiona a habilidade de juízes nacionais para avaliar problemas de direito económico, isso porque análises como a avaliação das estratégias comerciais das organizações, do volume de negócios, definição do mercado relevante, do nível de concentração e poder de mercado das empresas não são comuns às tarefas habituais dos magistrados dos Estados-Membros, situação agravada pelo facto de, até Maio de 2004, não ter sido permitida aos tribunais nacionais a aplicação do n.º 3 do artigo 101.º. A pesquisadora sugere o mecanismo de assistência ao judiciário aplicado em países do Sistema *Common Law* como solução para a inabilidade dos juízes nacionais. O Sistema permite que um advogado especialista nas questões económicas da concorrência treine os juízes quanto a esta matéria, e advogados (*barristers*) à frente do caso podem seleccionar economistas para emitir análise e endereçá-la ao tribunal.

⁵⁴ Considerando (7) da Proposta de Regulamento feita pelo do Conselho, cit. 9; e item C. 1. a) da Proposta de Regulamento da Comissão, cit. 8.

⁵⁵ KORAH, Valentine, cit. 2, p. 34, 251 ss.

Em contrapartida, as opiniões favoráveis à aplicação integral da legislação comunitária da concorrência pelos tribunais nacionais, e optimistas quanto à competência dos juízes para tanto, parecem mais sensatas. Os juízes nacionais são constantemente chamados a decidir em questões relativas às diversas matérias do Direito. Em decorrência da interdisciplinaridade entre os ramos do Direito, um magistrado em competência de Direito Civil, por exemplo, é apto a julgar todos os conflitos entre obrigações, direitos e garantias de pessoas físicas e jurídicas, nos quais incluem-se as questões de Direito Comercial e Direito Económico.

Habilidades em termos de análise económica e de direitos fundamentais são exigidas dos juízes competentes para o casos de atentado à concorrência assim como habilidades em matéria de ciências sociológicas e de direitos do homem são exigidas de juízes criminais. Na mesma lógica, Claus Dieter Ehlermann tratou dos problemas especiais do judiciário durante o processo de discussão sobre a reforma trazida pelo Novo Regulamento. Em um artigo para a *Common Market Review* de 2000, Ehlermann concluiu:⁵⁶

There are other areas of law (such as intellectual property law) that require such difficult economic appraisals as competition law. In addition, any judge who has to rule on the respect or violation of human rights (such as the principle of freedom of speech) is used to extremely delicate, and often highly controversial, operations of weighing and balancing of opposing interests and values.

O autor é seguido, mas no contexto de implementação da reforma, por Dr. Wouter P. J. Wils,⁵⁷ que afirma serem os tribunais nacionais habituados a lidar com outras questões de matérias não menos complexas e técnicas que a concorrência, com recurso a assistência especializada sempre que necessário. Dr. Wils enumera as fontes às quais os juízes nacionais podem recorrer caso tenham dificuldade na aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, nomeadamente, à jurisprudência do tribunais comunitários, às decisões da Comissão, ou à Comunicação da Comissão – Orientações relativas às aplicação no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado.⁵⁸ Os argumentos defensores da aptidão dos judiciários nacionais para a aplicação da totalidade do artigo 101.º são reforçados pela experiência acumulada na vigência do antigo regime com a competência para aplicar parte do artigo 101.º e todo o artigo 102.º.

A resolução de conflitos em termos de mercado relevante e de análises económicas das infracções, é habilidade desenvolvida pelos juízes nacionais desde o surgimento dos, na

⁵⁶ EHLERMANN, Claus Dieter, cit. 12, p. 585. Ver também EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds. – *European Competition Law Annual: 2000 The Modernisation of EC Antitrust Policy*, p. 477 ss.

⁵⁷ WILS, Wouter P.J., 2005, cit 3, p. 26. Ver também cit. 15.

⁵⁸ COMUNICAÇÃO da Comissão, de 27 de Abril de 2004. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, J.O. [2004] n.º C 101/97. O autor cita também os regulamentos, comunicações e orientações relativos às isenções por categoria em anexo à Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26, disponibilizadas pela Comissão em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>>.

ocasião assim enumerados, artigos 85.º e 86.º do Tratado. Com a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, e com intuito de alcançar melhores níveis de especialização, alguns Estados-Membros tomaram a iniciativa de promover o treinamento de seus juízes quanto à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, no que foram apoiados pela União. Em Abril de 2004, Parlamento e Conselho Europeus decidiram estabelecer um programa comunitário de incentivos às actividades no campo educacional e de formação a nível europeu, dentre os quais o suporte financeiro comunitário para a preparação de magistrados na aplicação dos dispositivos da concorrência do Tratado.⁵⁹

Segundo o último *Commission Staff Working Document*, de Julho de 2009, em 2008, quinze acordos de subvenção à formação de juízes foram concluídos, e uma nova chamada para novas propostas foi lançada em Outubro desse ano.⁶⁰ O resultado do esforço conjunto entre União e Estados-Membros em função da consolidação da cultura da concorrência comunitária nos judiciários nacionais constata-se nos números crescentes de intercâmbios entre Comissão e tribunais nacionais em casos de atentado à concorrência, apresentados nos relatórios anuais da Comissão Europeia sobre a Política de Concorrência no Mercado Comum.⁶¹

1.3) A reforma das regras relativas à execução dos artigos da concorrência do Tratado e a legitimação da REC

O processo de modernização da legislação europeia da concorrência promoveu nos Estados-Membros a necessidade de aceitar e operar em um sistema de competências paralelas entre suas autoridades administrativas e consequente flexibilidade na atribuição de casos. O Regulamento n.º 1/2003 e o “pacote” de regulamento, comunicações e orientações que o acompanha determinam que este novo sistema deve ser executado por meio de uma rede de cooperação estreita entre as autoridades públicas responsáveis por aplicar as regras comunitárias de concorrência.⁶²

⁵⁹ Decisão n.º 791/2004/CE, de 27 de Abril de 2004, J.O. [2004] L 138/31. Ver WILS, Wouter P.J., 2005, cit. 3, p. 29.

⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2008, de 23 de Julho de 2009, COM [2009] 374 final [Em linha]. [Consult. 20 Fev.. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2008/part2_en.pdf>, p. 98.

⁶¹ Disponíveis em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html>. As últimas decisões dos tribunais dos Estados-Membros em matéria de concorrência podem ser conferidas em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/eojade/antitrust/nationalcourts/>>.

⁶² Ver Considerando (15), e n.º 1 do artigo 11.º, ambos do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5. No intuito de complementar o Regulamento n.º 1/2003, e de acordo com extensivas consultas, a Comissão adoptou seguinte

A reforma não é inovadora no sentido de criar um regime de cooperação entre os agentes controladores da concorrência no Mercado Comum, apenas fortalece os vínculos já existentes. Mario Monti, Comissário Europeu da Concorrência entre os anos 1999 e 2004, por ocasião do *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, relatou algumas experiências de cooperação entre os agentes administrativos da concorrência, demonstrando que a Rede surge em contexto de cooperação desenvolvido ao longo de quatro décadas:⁶³

After the adoption of Regulation 17/62, the Member States which did not have a competition law enforcement system of their own have to set up one. The competition authorities of the Member States apply national competition law, and by now most of them are closely involved in the application of EC competition law. In particular, NCAs advise the Commission on solving individual cases, and, within the framework of the Advisory Committee, they are consulted on the adoption of block exemption regulations. The competition authorities of some Member States have even been empowered to exchange information and cooperate between themselves in the solving of individual cases.

O n.º 1 do artigo 35.º do novo Regulamento reforça a obrigação imposta a todos os Estados-Membros de designar autoridade(s) em matéria de concorrência responsável(s) pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado. A interpretação conjunta das imposições previstas no n.º 1 do artigo 35.º e no n.º 1 do artigo 11.º – “A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência aplicam as regras comunitárias de concorrência em estreita cooperação” – vincula todas as autoridades administrativas em matéria de concorrência nos 27 Estados-Membros da União ao sistema de estreita cooperação materializado pela Rede Europeia de Autoridades Administrativas da Concorrência.⁶⁴

“pacote legislativo de modernização”: REGULAMENTO (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, J.O. [2004] n.º L123/18; COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26; COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, cit. 42; COMUNICAÇÃO da Comissão, de 27 de Abril de 2004, relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, J. O. [2004] n.º 101/65; COMUNICAÇÃO da Comissão, de 27 de Abril de 2004, sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), J. O. [2004] n.º 101/78; COMUNICAÇÃO da Comissão, de 27 de Abril de 2004. Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, cit. 18; COMUNICAÇÃO da Comissão, de 27 de Abril de 2004. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, cit. 58. Ver GAUER, Céline; KJOLBYE, Lars; DALHEIMER, Dorothe; DE SMIJTER, Eddy; SCHNICHELS, Dominik; LAURILA, Maija – Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004.

⁶³ O *European Competition Law Annual* é um seminário sobre Direito e Política da Concorrência da União Europeia que ocorre anualmente no Robert Schuman Centre of the European University em Florença. NCAs é a sigla dos termos National Competition Authorities, na versão em Língua Portuguesa da Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26: ANCs - Autoridades Nacionais da Concorrência. Sobre o Advisory Committee/ Comité Consultivo no contexto em questão, ver n.º 3 do artigo 10.º, do Regulamento n.º 17 de 1962, cit. 6.

⁶⁴ Os tribunais nacionais estão incluídos na determinação do n.º 1 do artigo 35.º, todavia, de acordo com o desenvolvido anteriormente em 1.2.2, não fazem parte da Rede. Quanto ao artigo 11.º, resulta claro tratar-se

Do ponto de vista das autoridades da concorrência, a Rede Europeia da Concorrência – REC – é mais uma oportunidade no sentido da união de recursos para enfrentar o desafio trazido pela modernização das regras concorrenciais comunitárias: a aplicação efectiva e uniforme de todo o artigo 101.º e artigo 102.º do Tratado pelos Estados-Membros, de forma a permitir que as entidades comunitárias concentrem-se sobre os casos mais graves de dimensão nacional e aprimoramento da Política da Concorrência na União.⁶⁵

A tarefa de enquadrar diversos níveis nacionais de controlo da concorrência sob uma só legislação exigiu a criação de uma rede informal e de intercâmbios suficientemente flexíveis, propícios à cooperação, a exemplo da possibilidade de troca de informações confidenciais, trabalho conjunto e assistência recíproca na solução de casos individuais.⁶⁶ Para tanto, a REC teve seus trabalhos iniciados com base no relacionamento construído entre os membros de redes pré-existentes como a *ECA* e a *ICN*.⁶⁷ Contudo, não há vínculos formais entre esses sistemas e a Rede Europeia da Concorrência.

A *ECA* é a rede de autoridades da concorrência em operação no Espaço Económico Europeu – EEE, constituída pelos Estados-Membros da EFTA (na Língua Portuguesa: AELC – formada pelos Estados-Membros da União Europeia, Noruega, Islândia e Liechtenstein) e suas autoridades de fiscalização.⁶⁸ Criada em Abril de 2001, a associação é responsável pelo controlo da concorrência nos moldes dos interesses político-económicos da AELC, funcionando paralelamente à REC. A *ICN* – é um fórum virtual internacional que reúne autoridades da concorrência, criado em Outubro de 2001 por iniciativa dos EUA. A associação visa estabelecer princípios internacionais da Política da Concorrência capazes de facilitar a cooperação bilateral no tratamento de casos transfronteiriços, e de funcionar como um eventual direito da concorrência global supranacional.⁶⁹

As trocas ocorridas no âmbito da REC facilitam a aplicação directa do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado e reforçam a cultura comunitária da concorrência. A possibilidade de trabalho conjunto entre os membros da Rede garante o acesso aos recursos detidos por uma autoridade a todas as outras. Sendo assim, qualquer autoridade pode intervir em um caso.

somente de autoridades administrativas da concorrência, pois a cooperação com os tribunais nacionais recebeu dispositivo próprio (artigo 15.º) no Capítulo IV – Cooperação – do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5.

⁶⁵ MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 61.

⁶⁶ EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, 2002, Isabela eds., cit. 32, p. 5.

⁶⁷ MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 33.

⁶⁸ Ver nota n.º 45, e ACORDO sobre o Espaço Económico Europeu, de 03 de Janeiro de 1994, J. O. n.º L 1/3. Para uma visão geral da actual constituição e história da EFTA, consultar publicações da Instituição disponíveis em WWW: <URL: <http://www.efta.int/>>.

⁶⁹ Ver EEKHOFF, Johann ed. – Competition Policy in Europe, p. 46 e 61; PETERSEN, Anna – Die Internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden, p. 56 ss; e NOONAN, Chris – The Emerging Principles of International Competition Law.

Todavia, as decisões sobre que organizações devem ser investigadas e que autoridades intervirão no processo não são tomadas pela REC, e sim em função das regras de atribuição de casos estabelecidas pela legislação.

Uma autoridade bem posicionada para agir e disposta a investigar e punir uma organização informa à Rede de suas intenções,⁷⁰ de forma a permitir que outras autoridades cooperem nos trabalhos ou, até mesmo, reivindiquem a atribuição de competência sobre o caso. Em hipótese de discordância entre membros neste sentido, a Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC prevê o arbitramento pelo Comité Consultivo.⁷¹ Mesmo mediante a manifestação, “[...] cada membro da Rede permanece livre de decidir se deve ou não instruir um processo”.⁷²

Dessa forma, a Rede é o principal componente da execução de uma Política da Concorrência que delega plena competência a todos os seus agentes para aplicar integralmente as regras da comunitárias da concorrência, porque permite simultaneamente o funcionamento de um sistema de competências paralelas entre as autoridades administrativas da concorrência e de um regime vertical de competências entre as autoridades e a Comissão. O sistema de competências paralelas exige critérios qualitativos e flexíveis de atribuição de casos (intervém a autoridade melhor posicionada e vinculada materialmente com o caso), e o sistema vertical de competências apresenta critérios baseados na máxima optimização do uso de recursos.

A atribuição eficiente de casos de atentado contra a concorrência entre os membros da REC é apenas um de seus propósitos instituídos pelo Regulamento n.º 1/2003 do Conselho. Por meio da REC, as autoridades da concorrência comprometem-se a prestar assistência mútua para detectar novas infracções e indícios necessários à conclusão dos casos em curso, o que implica em troca de experiências e informações. A estreita cooperação gera a aplicação coerente e uniforme dos artigos 101.º e 102.º do Tratado em todos os Estados-Membros, desenvolvendo a legislação regulamentadora, e ajustando as práticas nacionais ainda eventualmente conflituosas com os mandamentos comunitários: “A rede [...] constitui a base para a criação e manutenção de uma cultura comum de concorrência na Europa”.⁷³

⁷⁰ Uma autoridade é considerada bem posicionada nos termos dos Parágrafos 8, 9, 1 10 da Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26.

⁷¹ O Comité Consultivo em matéria de acordos, práticas concertadas e posições dominantes, instituído pelo Regulamento n.º 17 de 1962, “58. [...] é a instância em que os peritos das várias autoridades responsáveis em matéria de concorrência debatem os casos individuais e questões gerais atinentes ao direito comunitário da concorrência”, Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26. Ver também Considerando (19) e artigo 14.º do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5.

⁷² Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26, parágrafo 5.

⁷³ Idem, parágrafo 1.

2) A REDE EUROPEIA DA CONCORRÊNCIA NA ACTUAL POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

2.1) A necessidade de diferentes níveis de autoridade na REC

No âmbito da divisão de tarefas entre os membros da Rede Europeia da Concorrência, a Comissão é autoridade maior, sempre melhor posicionada para promover qualquer caso de atentado à concorrência no Mercado Comum, encarregada de pôr em prática a orientação da política comunitária da concorrência, e autorizada a adoptar decisões individuais nos termos dos artigos 101.º e 102.º do Tratado a qualquer tempo.⁷⁴ Diante do envolvimento de interesses locais diversos na REC, é imprescindível a autoridade de um membro imparcial, desprovido de interesses nacionais e dedicado à aplicação dos princípios de igualdade e solidariedade entre todos os cidadãos e cooperação entre os Estados-Membros da União.⁷⁵

O interesse na criação da Rede da Europeia da Concorrência é baseado no potencial que possui em oferecer suplemento às provisões legais a facilitar a coordenação, cooperação e consistência entre a multiplicidade de poderes existentes na União.⁷⁶ Cada Estado-Membro e autoridade da concorrência representa uma força diversa que tende, naturalmente, a buscar a concretização de seus próprios interesses. No entanto, os Estados, a partir do momento que se tornam membros da União, acordam em relacionar-se com os demais de forma a limitar seus poderes políticos, sociais e económicos sobre seu território em nome da cooperação para atingir os propósitos comunitários.

O Tratado da União Europeia determina que os Estados-Membros devem relacionar-se entre si e com a União em função do princípio da cooperação leal e da execução dos objectivos comunitários:

Artigo 4.º [...] 3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.

⁷⁴ Idem, Parágrafo 50.

⁷⁵ Ver, p. ex., n.º 3 do artigo 4.º; e artigo 21.º do Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 1992, com última alteração feita pelo Tratado de Lisboa, cit. 50. Ver Versão Consolidada do Tratado da União Europeia, de 9 de Maio de 2008, J. O. [2008] n.º C 115/13.

⁷⁶ EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 66.

Todavia, na construção de uma rede de coordenação, assim como na composição dos membros de qualquer órgão responsável pela elaboração de políticas comunitárias, o grau de envolvimento dos membros é proporcional ao poder que a associação à Rede pode proporcionar-lhes. Para Stephen Wilks, os membros de uma rede de elaboração de políticas gozam de influência para garantir que as políticas elaboradas atendem às suas metas pessoais e organizacionais, em resumo, não há processo de construção desinteressado.⁷⁷

O modelo interactivo central é o regime apto a neutralizar tais forças divergentes a ponto de levar à cooperação entre os Membros prioritariamente em função dos ideais comunitários e não dos interesses nacionais, e de otimizar a aplicação dos recursos comunitários, possibilitando à Comissão concentrar-se na clarificação da legislação e repressão às infracções mais graves à concorrência no interior da UE. Assim deve ser, uma vez que a Reforma estendeu a aplicação do n.º 3 do artigo 101.º às autoridades e tribunais nacionais. A Comissão não detém mais o monopólio sobre a aplicação da integralidade dos artigos concorrenciais do Tratado, fato que, considerada a discrepância de experiências e interesses dos Estados-Membros, poderia comprometer o emprego consistente e uniforme da legislação comunitária da concorrência. Isso, porém, não ocorre mediante a posição central de supervisão pelo órgão comunitário.

Desde a Comunicação sobre a Cooperação entre a Comissão e as autoridades da concorrência dos Estados-Membros de 1997 até a entrada em vigor do Novo Regulamento,⁷⁸ em média, somente dez decisões de aplicação da legislação comunitária foram tomadas por ano por todas as autoridades nacionais. A legislação da concorrência da União era utilizada por autoridades em paralelo ou para suplementar a legislação nacional quando esta não se aplicava a um determinado sector.⁷⁹ Os dados demonstram a distância que separava, até a Reforma, as autoridades nacionais da legislação comunitária da concorrência.

Para reduzir ou eliminar a resistência à aplicação das regras comunitárias da concorrência, e definitivamente descentralizar a aplicação da legislação em questão, a Reforma concedeu mais competências à esfera nacional e determinou o n.º 3 do artigo 101.º do Tratado directamente aplicável. Mas o simples mandamento “autoridades nacionais devem aplicar o todo dos dispositivos concorrenciais do Tratado” não seria suficiente para a descentralização. Portanto, o Regulamento n.º 1/2003 agrega ao mandamento dois

⁷⁷ Idem, ibidem.

⁷⁸ COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros, cit. 25.

⁷⁹ EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 238-9. Os dados foram fornecidos por Dr. Alexander Schaub, à época, Director-Geral da Concorrência da Comissão Europeia.

instrumentos principais: o dever cominado em seu artigo 3.º e a criação da REC com a posição central ocupada pela Comissão.

O artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 impõe ao âmbito nacional a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sempre que as autoridades dos Estados-Membros em matéria de concorrência ou tribunais nacionais apliquem a legislação nacional a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção no n.º 1 do artigo 101.º, ou a qualquer abuso proibido pelo artigo 102.º. As leis nacionais continuam a ser aplicadas desde que em harmonia com os artigos do Tratado. O artigo é resultado da necessidade da União em definitivamente implantar a cultura de aplicação da legislação comum a todos os Estados-Membros em seus territórios.

O órgão comunitário designado pelo Tratado para o cumprimento desse encargo é a Comissão: “Artigo 105.º 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 104.º, a Comissão velará pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101.º e 102.º”. Se a REC foi criada com a finalidade, dentre outras, de homogeneizar e desenvolver o emprego dos artigos 101.º e 102.º, a Comissão assume apropriadamente a condução de seus trabalhos ocupando a posição superior do sistema vertical de competências. A jurisprudência da União definiu, ainda sob a vigência do Regulamento n.º 17 de 1962, a forma pela qual a força decisória superior da Comissão será efectivamente exercida sobre as autoridades administrativas e judiciárias nacionais no caso *Masterfoods*:⁸⁰

Despite that division of powers, and in order to fulfill the role assigned to it by the Treaty, the Commission cannot be bound by a decision given by a national court in application of Articles 85(1) and 86 of the Treaty. The Commission is therefore entitled to adopt at any time individual decisions under Articles 85 and 86 of the Treaty, even where an agreement or practice has already been the subject of a decision by a national court and the decision contemplated by the Commission conflicts with that national court's decision.

Naturalmente, a Comissão, como promotora do desenvolvimento da legislação comunitária da concorrência, não pode olvidar da participação dos Estados-Membros neste processo. O interesse comunitário em matéria de concorrência deve ser incorporado ao controlo da concorrência no âmbito nacional como parte da jurisdição, deve ser visto como parte dos princípios e normas do ordenamento jurídico dos Membros. Através da REC as informações fluem no sentido Comissão - autoridades nacionais, no sentido contrário, e no sentido autoridades nacionais entre si - Comissão, produzindo um conjunto de impressões e necessidades dos Estados-Membros quanto a Política Comunitária da Concorrência que

⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de Dezembro de 2000, no caso *Masterfoods* (C-344/98), [2000] Colectânea n.º I-11412, parágrafo 48.

determinarão a intervenção da Comissão do sentido de promover a aplicação uniforme da Política da Concorrência em todo o Mercado Comum.

O fluxo de influência no sentido Comissão - autoridades nacionais é a base factual da posição destacada do órgão comunitário. O poder decisório do órgão incide predominantemente nas jurisdições nacionais, todavia, as informações que justificam as decisões predominantes devem ser disponibilizadas às autoridades nacionais nos termos dos números 1 e 2 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003. O sistema vertical é possível porque as motivações e trabalhos da Comissão são compartilhados com as demais autoridades, gerando confiança e aprendizado com a actividade do órgão superior.

O alinhamento entre os interesses dos membros da Rede é fundamental para o seu sucesso. Do contrário, a cooperação não resistiria às influências político-económicas antagónicas que seriam movidas externamente à Rede. A Política da Concorrência emanada do topo do sistema vertical, mas pacificadora dos interesses divergentes encontra maior aceitação entre as autoridades nacionais, funcionando como um guia de coerência no processo decisório do âmbito nacional. Dessa coerência depende o desenvolvimento da Rede, pois a cooperação torna-se mais estreita na medida em que um maior número de autoridades identifica-se com o ideal de legislação da concorrência necessário ao processo de integração europeu.

Desde o início do processo de modernização da regras de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, com a publicação do Livro Branco nessa matéria de Maio de 1999, a Comissão mostrou-se disponível a promover a reforma com a participação dos diversos agentes interessados: autoridades nacionais, consultores jurídicos, comunidade académica, dentre outros.⁸¹ O Livro Branco trouxe em seu conteúdo a proposta de descentralização da aplicação dos artigos concorrenciais do Tratado e a criação da Rede Europeia de parceria entre as autoridades da concorrência. A Comissão justifica o convite à participação dos indivíduos construtores e executores da Política Comunitária da Concorrência nesse processo:⁸²

There were two reasons for the Commission to do so: first, it believes that it is desirable to involve more national bodies in the application of Community law in order to bring that law closer to the citizen and to increase its acceptance. And, second, it remains convinced that, in an enlarged Community, a really efficient protection of competition can not rely on a single institution.

⁸¹ LIVRO BRANCO da Comissão sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, cit. 8.

⁸² Ver EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 237.

O sistema misto, de competências paralelas e vertical de competências, tem produzido resultados consideráveis. Da realidade de dez decisões de aplicação da legislação comunitária por todas as autoridades nacionais por ano até a entrada em vigor do sistema misto, em 2008, a Comissão foi informada de aproximadamente 150 novos casos iniciados pelas autoridades da concorrência, dos quais 55% são relativos à aplicação do artigo 101.º do Tratado, 30% relativo à aplicação do artigo 102.º, e o percentual remanescente refere-se à aplicação conjunta dos dois artigos.⁸³

Os números relativos à actividade da Comissão após a Reforma que implementou o sistema misto de competências também são impressionantes. Tratando-se da entidade comunitária, a Reforma deve ser considerada como em curso desde antes da entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 e seu pacote legislativo, uma vez que desde, aproximadamente, Janeiro de 2000, a Comissão já trabalhava de forma orientada à Reforma. Durante a vigência do regime de competências exclusivamente verticais, é dizer, regime anterior no qual a aplicação da legislação comunitária da concorrência era dirigida pelo sistema centralizado de notificação, no período de Janeiro de 1990 a Dezembro de 1999, a Comissão adoptou 18 decisões contra cartéis. Enquanto que, entre Janeiro de 2000 e Março de 2009, a Comissão adoptou 61 decisões de imposição de multa a cartéis, sendo 27 referentes ao período orientado à Reforma (de Janeiro de 2000 a Abril de 2004) e 34 com a entrada em vigor da nova legislação.⁸⁴

2.2) O Princípio da Subsidiariedade e a cooperação na REC

O princípio da subsidiariedade determina que as instituições comunitárias somente intervirão na esfera nacional quando forem capazes de promover resultados mais eficientes do que os resultariam da actuação nacional.⁸⁵ Significa dizer que os Estados-Membros são responsáveis pela aplicação das políticas comunitárias em seus territórios, sofrendo subsidiariedade e proporcionalmente a interferência da União quando não atingirem os objectivos comunitários, em conformidade com o texto do Tratado: “Artigo 5.º 1. Os Estados-Membros

⁸³ Dados do último Commission Staff Working Document, cit. 60, p. 96.

⁸⁴ Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p 11.

⁸⁵ Ver DEVINE, Pat; KATSOULACOS, Yannis; SUGDEN, Roger eds. – Competitiveness, Subsidiarity and Industrial Policy; ESTELLA DE NORIEGA, Antonio – The EU Principle of Subsidiarity and its Critique; GORMLEY, Laurence ed., p. 47 ss; NOONAN, Chris – The Emerging Principles of International Competition Law, p. 30 ss.

coordenam as suas políticas económicas no âmbito da União. Para tal, o Conselho adopta medidas, nomeadamente as orientações gerais dessas políticas”.

Como dito no parágrafo anterior, a acção comunitária nos Estados-Membros deve ser, além de subsidiária, proporcional. A medida da intervenção das entidades comunitárias não pode exceder a necessidade de enquadrar a conduta nacional às directrizes da União, uma vez que “O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.⁸⁶ Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade exigem que a União exponha as razões de sua acção, a medida de sua intervenção e a medida da restrição da liberdade de acção dos Estados-Membros.⁸⁷

Esses princípios relacionam-se directamente com o ideal de soberania. Entretanto, no cenário europeu actual, a soberania – como poder de um Estado de gerir o seu território como entender melhor, de definir suas ordens legislativa, executiva e judiciais e as directrizes do ordenamento normativo decorrente destas ordens – não encontra mais o elemento básico para a sua existência nesses moldes: uma definição político-territorial exacta.⁸⁸ Mesmo diante da mudança da dimensão de soberania, o ideal persiste em seu aspecto político de delegar exclusivamente aos Estados a competência para elaborar suas políticas de mercado, dentre as quais, a da concorrência.

A cooperação na REC obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, sem olvidar o ideal de soberania.⁸⁹ A partir do Regulamento n.º 1/2003, as autoridades nacionais também são competentes para aplicar a íntegra dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e, caso assim o decidam, aplicar também, paralelamente, a legislação nacional equivalente a estes artigos. Sempre que um acordo ou prática entre companhias ou grupo de companhias afectar o comércio entre Estados-Membros, serão aplicados os artigos 101.º e 102.º do Tratado, no entanto, os ordenamentos legais processual e de aplicação de sanção a serem utilizados serão os nacionais, de forma que os Estados-Membros permaneçam soberanos quanto aos moldes do processamento e penalização das práticas anti-concorrenciais

⁸⁶ N.º 1 do artigo 5.º do Tratado da União Europeia, cit. 50. Sobre o princípio da proporcionalidade em uma abordagem relacionada aos Direitos do Homem, ver ELLIS, Evelyn – *The Principle of Proportionality in the laws of Europe*.

⁸⁷ NOONAN, Chris, cit. 69, p. 31.

⁸⁸ Para uma visão contemporânea e relativizada do ideal de soberania ver AGNEW, John A. – *Globalization and Sovereignty*, 2009.

⁸⁹ Há, no entanto, opiniões contrárias quanto a aplicação do princípio da subsidiariedade em matéria de concorrência, a exemplo de PACE, Lorenzo Federico, cit. 4, p. 172: “*In fact (with the exception of Article 81 (3) EC) it takes the form of prohibitions¹ having direct effect which are addressed to individuals and the implementation of which is partly dependent on directives and regulations adopted pursuant to Article 83 EC. For this reason, the principle of subsidiarity is not applicable to Article 81 and 82 EC (see similarly Callies, 2002, § 27) .¹ Commission v. Italian Republic, Case 48/71, E.C.R. 1972, p. 529, §9”.*

executadas em seus territórios. A União em seu aspecto económico determina quais os comportamentos empresariais considerados violadores da concorrência ao longo de sua extensão geográfica, mas a forma como seus Estados-Membros farão cessar e sancionar tais violações está compreendida no ideal de soberania nacional.

O trabalho descentralizado, porém coordenado, do âmbito nacional é imprescindível para a continuidade da REC, pois: “*National competition law regimes should remain free to develop and be enforced at a national level to the greatest extent consistent with the realization of important gains from cooperation*”.⁹⁰ A actuação descentralizada e isolada dos Membros, sem a interferência subsidiária e proporcional das forças comunitárias, não seria viável à consolidação de uma cultura comum da concorrência em toda a extensão da União.⁹¹

Prova da assimilação da cultura comum da concorrência por parte das autoridades nacionais e conseqüente redução de intervenção comunitária são os números apresentados pela REC após seu primeiro ano de funcionamento em 2004, por ocasião do início da operação da Rede: do total de 301 casos de investigações dos quais a Rede foi informada, 200 deles foram procedidos por autoridades nacionais, é dizer, aproximadamente 66% dos casos; já em 2005, do total de 203 casos, 181 deles foram procedidos por autoridades, isto é, aproximadamente 89% dos casos de investigações informados à Rede nesse ano.⁹² A REC permite que o órgão comunitário visualize a ocasião correcta para agir subsidiariamente e encontre a medida certa para agir proporcionalmente.

2.3) A atribuição de casos dentro da REC e a diversidade legislativa entre os Estados-Membros

2.3.1) A atribuição de casos na REC

Quatro dispositivos do Regulamento n.º 1/2003 podem ser considerados basilares da atribuição de casos na REC, nomeadamente, o artigo 3.º que garante a harmonização das legislações nacionais com a comunitária em termos substanciais; o n.º 3 do artigo 11.º que impõem ao âmbito nacional informar à Comissão imediatamente depois de terem dado início à primeira medida de investigação formal em termos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado; o n.º 4 também do artigo 11.º que determina a informação à Comissão no prazo de 30 dias anteriores à aprovação de uma decisão em um Estado-Membro; e a permissão de

⁹⁰ NOONAN, Chris, cit. 69, p. 31.

⁹¹ Ver item 2.1.

⁹² Dados publicados pela Comissão em seu sítio à internet, na secção destinada às estatísticas relacionadas à REC. Disponíveis em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>>.

intervenção da Comissão, a qualquer tempo, sempre que haja risco de incoerência com a Política Comunitária, prevista o n.º 6 do artigo 11.º.

Com a harmonização substancial das legislações nacionais e a possibilidade de interferência da Comissão em tempo hábil, a atribuição de casos ganha flexibilidade entre os membros da Rede que irão decidir entre si quem receberá a competência sobre cada caso. O novo Regulamento traz os artigos fundamentais do regime de atribuição de casos e determina no Considerando (18) que “A fim de assegurar uma distribuição otimizada dos processos no âmbito da rede, [...], por forma a que cada processo apenas seja apreciado por uma única autoridade”, todavia, não disciplina em pormenores a divisão de trabalho da REC. O processo de atribuição é regulamentado pela Comunicação sobre a Cooperação na REC.

De acordo com a Comunicação, a autoridade que recebe uma denúncia ou dá início a um processo oficiosamente deve informar imediatamente à Rede sobre os procedimentos adoptados com o fim de assegurar que outras autoridades manifestem-se pelo processamento conjunto, pela assistência nas investigações ou por total abstenção. Por fim, a ou as autoridades encarregadas do processamento em paralelo de um caso terão plena responsabilidade e autoridade sobre ele, é dizer, serão livres para aceitar ou não auxílio ou evidências de outras autoridades.⁹³

Entretanto, o processamento paralelo por duas ou mais autoridades nacionais, ou por autoridades e a Comissão, não faz parte da realidade da Rede Europeia da Concorrência. Apenas um caso de procedimento paralelo sobre uma mesma infracção foi relatado durante os primeiros cinco anos de actividade da Rede: as autoridades alemãs e belgas da concorrência receberam um pedido de imunidade ou de redução do montante em matéria de coimas, relativo a um cartel de fixação de preços para o produto químico Benzil-butyl-Phtalat ao longo de toda a Europa, formado pela Bayer AG - Ferro (Belgium) SPRL- Lonza S.p.A e Solutia Europe S.A.⁹⁴

O parágrafo 13 da Comunicação sobre a Cooperação na REC destaca a importância da coordenação das condutas das autoridades agindo em paralelo, e oferece as seguintes alternativas a título de exemplo: a designação de uma delas como autoridade principal com tarefas específicas, ou a coordenação das medidas de inquérito, permanecendo cada uma das autoridades responsável pela instrução do seu próprio processo. Mesmo que os membros da Rede não atinjam um consenso quanto à autoridade melhor posicionada para investigar e

⁹³ MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 66.

⁹⁴ Decisão do alemão Bundeskartellamt no caso B 11-23/05, e decisão n.º 2008-I/O-13 do belga Competition Council. Ver Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 66.

decidir sobre um atentado à concorrência, ou se uma autoridade desrespeitar os princípios de atribuição, o regime flexível de atribuição de casos previsto no Regulamento e na Comunicação sobre cooperação na REC permite que a Comissão tome a competência sobre o caso excluindo as atribuições das demais autoridades,⁹⁵ ou o recurso à discussão no Comité Consultivo.⁹⁶

Em todo caso, a atribuição de casos, decidida consensualmente entre autoridades nacionais ou arbitrada pelo Comité, deve obedecer aos critérios objectivos de determinação da autoridade melhor posicionada detalhados na Comunicação sobre a Cooperação na REC:

8. Pode considerar-se que uma autoridade está bem posicionada para instruir um processo se estiverem preenchidas cumulativamente as três condições seguintes: 1. O acordo ou prática tem grande impacto directo, real ou previsível, na concorrência no seu território, é aplicado no seu território ou tem nele origem; 2. A autoridade pode pôr eficazmente termo à infracção na sua totalidade, isto é, pode adoptar uma decisão de cessação com efeito suficiente para pôr termo à infracção e, se for caso disso, sancioná-la adequadamente; 3. Pode reunir, eventualmente com a assistência de outras autoridades, os elementos necessários para provar a infracção.

9. Os critérios acima descritos indicam que deve existir uma conexão material entre a infracção e o território de um Estado-Membro para que a autoridade responsável em matéria de concorrência desse Estado-Membro seja considerada bem posicionada. É de esperar que, na maior parte dos casos, as autoridades dos Estados-Membros onde a concorrência é substancialmente afectada por uma infracção estejam bem posicionadas, desde que sejam capazes de pôr efectivamente termo à infracção mediante uma acção única ou paralela, salvo se a Comissão estiver mais bem posicionada para agir (ver pontos 14 e 15 *infra*).

É importante lembrar que a flexibilidade da divisão de trabalho entre os membros da REC não estende-se à competência para tomar a decisão de não violação prevista no artigo 10.º do Regulamento n.º 1/2003. Mesmo que o âmbito nacional esteja à frente de um caso, deverá abster-se de tomar uma decisão deste tipo assim como quaisquer outras decisões, eventualmente novas, não previstas no artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003:

Competência das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artigos 81.º e 82.º do Tratado. Para o efeito, podem, actuando officiosamente ou na sequência de denúncia, tomar as seguintes decisões:

- exigir que seja posto termo à infracção,
- ordenar medidas provisórias,
- aceitar compromissos,
- aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional.

Sempre que, com base nas informações de que dispõem, não estejam preenchidas as condições de proibição, podem igualmente decidir que não se justifica a sua intervenção.

⁹⁵ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 31.

⁹⁶ Ver tópico 1.3.

O “Capítulo III – **Decisões da Comissão**” do actual Regulamento apresenta as possibilidades de decidir equivalentes àquelas enumeradas no artigo 5.º e mais a decisão de não violação:⁹⁷

Artigo 10.º **Declaração de não aplicabilidade.** Sempre que o interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado assim o exija, a Comissão, pode, através de decisão, declarar oficiosamente que o artigo 81.º do Tratado não se aplica a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada, quer por não estarem preenchidas as condições do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, quer por estarem preenchidas as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado.

A Comissão pode do mesmo modo fazer declaração semelhante relativamente ao artigo 82.º do Tratado.

A declaração de não aplicabilidade ou decisão de não violação não consta no rol de decisões a serem adoptadas por autoridades nacionais, portanto, é de competência exclusiva da Comissão.⁹⁸ Há a corrente que defende a equivalência entre a última parte do artigo 5.º e o artigo 10.º do Regulamento.⁹⁹ Entretanto, o Tribunal de Justiça Europeu, ao ser chamado a esclarecer a competência da autoridade judiciária superior na Áustria para emitir decisões de natureza declaratória, concluiu que somente a decisão prevista no artigo 10.º do Regulamento n.º 1/2003 é de natureza declaratória, pois as decisões dispostas no artigo 5.º do Regulamento não dizem respeito à verificação dos pré-requisitos dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, tratando simplesmente se a autoridade possui fundamentos para o processamento.

O Tribunal de Justiça justificou sua decisão afirmando que a competência das autoridades nacionais sobre decisões acerca da aplicabilidade dos artigos 101.º e 102.º do Tratado não é excluída por uma prevalência da competência da Comissão para emitir julgamentos declaratórios em observância ao interesse público comunitário em um determinado caso. A competência das autoridades nacionais neste sentido é excluída pelo Regulamento n.º 1/2003 que não apresenta base legal para a competência do âmbito nacional como o faz no artigo 10.º com relação à competência da Comissão.¹⁰⁰

Até 9 de Março de 2010, nenhuma decisão foi adoptada nos termos do artigo 10.º do Regulamento. Não houve razão para a actuação da Comissão sob a égide do artigo 10.º, porque o propósito presente no artigo de assegurar a clarificação e aplicação coerente e consistente da legislação comunitária da concorrência ao longo de toda a UE é praticável

⁹⁷ Ver nota 23.

⁹⁸ Ver WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p 15.

⁹⁹ A exemplo de KORAH, Valentine, cit. 2, p. 247.

¹⁰⁰ KOKKORIS, Ioannis ed. – Competition Cases from the European Union: The Ultimate Guide to Leading Cases of the EU and all 27 Member States, p. 186. Em 02 de Março de 2010, não foi encontrada nenhuma publicação a nível comunitário do Tribunal de Justiça Europeu em respeito a essa discussão (jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, disponível em WWW: <URL: www.curia.eu/>), somente posicionamentos em casos a nível nacional, a exemplo do caso austríaco descrito acima.

através dos grandes esforços cooperativos dentro da Rede Europeia da Concorrência. Grupos e subgrupos de sectores específicos foram criados, nos quais os agentes da concorrência de diferentes Estados-Membros têm procedido pro-activamente no intercâmbio de opiniões e experiências em determinados questões e sectores.¹⁰¹

2.3.2) A retribuição de casos na REC

Da mesma forma que a atribuição, a retribuição de uma caso também ocorre dentro da Rede Europeia da Concorrência. A retribuição deve ser imputada a uma autoridade que seria, de qualquer forma, competente para dar início oficiosamente ao processo,¹⁰² e procedida o mais rápido possível. Para tanto, o n.º 3 do artigo 11.º do novo Regulamento determina que as autoridades da concorrência, agindo em função dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, devem informar à Rede sobre uma suspeita de infracção antes de iniciar os primeiros procedimentos formais equivalentes aos poderes de inquérito da Comissão previstos nos artigos 18.º e 21.º do Regulamento.¹⁰³

Informada a REC, inicia-se a contagem de um prazo de dois meses para definição de qual ou quais autoridades nacionais irão processar a acusação.¹⁰⁴ A retribuição somente é possível no início do processo e se a autoridade informante considerar-se mal posicionada ou se outras autoridades reivindicarem o processamento.¹⁰⁵ Decorrido o prazo, o caso só pode ser retribuído se houver alteração material dos factos conhecidos no curso do processo.¹⁰⁶

O mecanismo de retribuição de casos é imprescindível à flexibilidade da repartição de trabalho e optimização de recursos na Rede, mas não pode ser estendido até os momentos finais do processo, mesmo que o parágrafo 34 da Comunicação sobre a Cooperação na REC determine a informação imediata às organizações em causa sobre a retribuição do processo indicando que ela pode ocorrer a qualquer tempo. O critério “alteração material dos factos conhecidos” é frequentemente constatado dada a mudança natural na interpretação jurídica ou económica dos factos investigados. As evidências económico-financeiras descobertas ao

¹⁰¹ Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 36. A informação de inexistência de decisão da Comissão no âmbito do artigo 10.º do Regulamento n.º 1/2003, constante do documento apenas referido, diz respeito ao período entre a entrada em vigor do novo Regulamento e Abril de 2009. Todavia, pesquisa própria ao EUROPEAN COMMISSION – Banco de Decisões da Comissão [Em linha]. [Consult. 9 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=1>, mostrou que permanece a inexistência de manifestação da Comissão neste sentido.

¹⁰² Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit 26, parágrafo 32.

¹⁰³ Idem, parágrafos 16 e 17.

¹⁰⁴ Idem, parágrafo 18.

¹⁰⁵ Idem, parágrafo 6.

¹⁰⁶ Idem, parágrafo 19.

longo das investigações alteram constantemente a substância do quadro composto pela autoridade competente sobre a infracção em questão, de forma que até à decisão final o caso poderia ser reatribuído e as companhias poderiam sofrer modificações quanto à forma de exercer o direito de ampla defesa.

A reatribuição de casos na Rede Europeia da Concorrência suscita dúvidas relativas à probabilidade das organizações investigadas reagirem perante os tribunais comunitários contra o procedimento.¹⁰⁷ A reatribuição do caso de uma autoridade nacional para outra implica para autoridade concessora do processamento as obrigações de terminar procedimentos e de enviar as referentes informações; enquanto, para a autoridade receptora, gera a obrigação de incorporar em sua base oficial de dados as informações transmitidas e iniciar procedimentos.¹⁰⁸

Todas estas obrigações consistem em medidas características à etapa preliminar do procedimento administrativo, e sendo as regras processuais não uniformizadas entre os membros da REC,¹⁰⁹ a possibilidade de recurso por parte das companhias investigadas à resolução de reatribuição do caso será determinada pelas regras processuais nacionais distintas que regem as autoridades concessoras e receptoras. Em termos de troca de informações confidenciais o âmbito nacional deve ainda respeitar as normas europeias sobre transferência de informações confidenciais constantes no artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003.

No que diz respeito à reatribuição do caso de uma autoridade nacional para o âmbito comunitário, a Comissão, na qualidade de autoridade receptora, absorve as informações sobre o caso na sua base de dados e dá abertura aos procedimentos nos termos do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento,¹¹⁰ excluindo a competência das demais autoridades, facto esse anulável pelo Tribunal de Justiça Europeu mediante recurso dos Estados-Membros. Nessa hipótese, as companhias processadas não encontram justificativa para recorrer ao judiciário da União, pois trata-se somente de uma etapa procedimental preliminar da Comissão.¹¹¹

¹⁰⁷ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 32.

¹⁰⁸ Autoridade concessora é aquela que transfere ou passa a compartilhar sua competência sobre o caso. Autoridade receptora é aquela no outro extremo da operação, que passa a ser competente, exclusiva ou paralelamente, sobre o caso.

¹⁰⁹ A divergência entre as legislações processuais dos Estados-Membros será tratada no item seguinte.

¹¹⁰ As autoridades nacionais são obrigadas a transmitir informações à Comissão, conforme o n.º 6 do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003: “A pedido da Comissão, os Governos dos Estados-Membros e as respectivas autoridades responsáveis em matéria de concorrência prestam-lhe todas as informações necessárias para que possa cumprir as funções que lhe são atribuídas pelo presente regulamento”.

¹¹¹ Conforme acórdão do Tribunal de Justiça em *International Business Machines Corporation v Commission*, processo 60/81 Colectânea da Jurisprudência 1983, página 1731. Ver também “*No Right of Access to Court in*

Em Abril de 2009, a Comissão havia sido informada da ocorrência de apenas três casos de reatribuição entre autoridades nacionais da concorrência. As reatribuições ocorreram em função da localização das companhias envolvidas.¹¹² Até essa data, a Comissão não tomou a atribuição sobre qualquer caso nos termos dos números 4 e 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003.¹¹³ Ao contrário da reatribuição no sentido Comissão - âmbito nacional, que apresenta alguns casos, sendo o último relativo às investigações sobre a comercialização em parceria de “*triple play offer*” (TV, telefone e banda-larga), e exploração de direitos de transmissão audiovisual de futebol, entre Telefónica Media S.A. e Sogecable S.A em Espanha.¹¹⁴

2.3.3) A não uniformização das legislações processuais nos Estados-Membros

A questão da atribuição e reatribuição de casos na REC foi abrangida pela Reforma, mas outras duas problemáticas complementares a esta não foram suficientemente esclarecidas: 1) a atribuição da competência sobre um caso no qual nenhuma autoridade quer intervir, 2) a diversidade entre as legislações processuais dos Estados-Membros, como uma das barreiras à cooperação na Rede.¹¹⁵

O novo Regulamento e a Comunicação sobre cooperação na REC disciplinam a atribuição de casos considerando que sempre haverá, no mínimo, uma autoridade nacional da concorrência disposta a investigar e a decidir sobre a infracção. A hipótese de não haver qualquer autoridade manifestando-se quanto à denúncia de um atentado à concorrência desprovido de interesse comunitário não foi regulamentada e pode gerar a continuidade e impunidade de distorções à concorrência a nível nacional. As legislações dos Estados-Membros em matéria de processamento de denúncias não foram uniformizadas. Em alguns Membros, as denúncias podem ser rejeitadas através de um simples procedimento informal,

each Stage of Procedure”, DIJK, Pieter van; HOOF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo eds. – Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, p. 567-8.

¹¹² Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 66

¹¹³ Idem, p. 75

¹¹⁴ Ver casos da Comissão Europeia: COMP/37.652; COMP/37.760; COMP/37.809. Estes casos, relatados pela Comissão como “more recent examples of re-allocation of cases”, foram encerrados em Maio de 2003, antes da entrada em funcionamento da REC; Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, de 29 de Abril de 2009, COM [2009] 206 final, cit. 20, p. 66

¹¹⁵ Ver EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 215 ss; e TERHECHTE, Jörg Philipp – International Competition Enforcement Law between Cooperation and Convergence: Mapping a New Field for Global Administrative Law, p. 64-5.

noutros, a exemplo da França, a rejeição de uma queixa pela autoridade administrativa pode sofrer revisão por parte da autoridade judicial competente.¹¹⁶

Uma conclusão possível para casos desse tipo seria o processamento pela Comissão. Contudo, a descentralização da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado tem como principal objectivo poupar os recursos da Comissão para os casos dotados de interesse comunitário, logo, os eventuais esforços do órgão sobre casos com alcance de, no máximo, dois Estados-Membros, é um desperdício de recursos a ser evitado com a determinação pela União da obrigação da autoridade nacional melhor posicionada de processar a infracção, ou com a uniformização dos regimes nacionais processuais conjugada à obrigatoriedade de processamento por uma das autoridades.

Considerando o segundo ponto das problemáticas complementares à questão da divisão de trabalho na REC, nota-se que apesar da uniformidade substancial trazida pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, a Reforma abordou a harmonização procedimental somente nos pontos indispensáveis ao funcionamento no novo sistema de cooperação em sua fase inicial. A Comissão foi devidamente alertada pelas partes convocadas a participar do processo de modernização sobre a necessidade de maior harmonização das legislações processuais dos Estados-Membros: *“The Commission was aware of this issue when it launched the reform, but given the very broad scope of its plans, it probably felt that it would have been risky to “overload” the boat (Monti) and that this problem could be solved in a second phase”*.¹¹⁷

Sob a vigência do Regulamento n.º 17 de 1962, os acordos e práticas notificados ou denunciados à Comissão eram processados até a fase de decisão administrativa final segundo as regras processuais comunitárias em matéria de concorrência. Com a adopção do Novo Regulamento, passada a fase de determinação da competência sobre o caso, excluídas as infracções processadas pela Comissão, que por isso devem seguir em processamento de acordo com as regras processuais comunitárias, o direito processual nacional determina sob que procedimentos serão aplicados os artigos 101.º e 102.º do Tratado. Nesse ponto, encontra-se uma das controvérsias quanto à protecção ao direito de defesa das organizações processadas.

O artigo 13.º do novo Regulamento estabelece que o recebimento de denúncia ou início do processamento contra o mesmo acordo, decisão de associação ou prática por duas ou mais autoridades da concorrência, incluída a Comissão, gera motivo suficiente para rejeição da denúncia ou suspensão do caso por uma das autoridades. Em contrapartida, e segundo a lógica

¹¹⁶ Idem, p. 216.

¹¹⁷ EEKHOF, Johann ed., cit 69, p. 52.

de cooperação, um dos elementos centrais da Reforma para o bom funcionamento da REC é o artigo 22.º, que regula as investigações conjuntas entre as autoridades nacionais entre si e entre as autoridades e a Comissão. A solução para a contraposição entre os dois dispositivos está no facto de o artigo 13.º apenas facultar e não obrigar a abstenção do processamento/instrução do caso por uma das autoridades, restando discussões quanto à certeza jurídica das partes sob a incidência de diferentes regras de direito processual.¹¹⁸

A Comunicação sobre a Cooperação na REC segue a lógica do artigo 22.º, e no Capítulo II trata da possibilidade de trabalho conjunto no sistema de competências paralelas e sistema vertical de competências.¹¹⁹ A secção 2.1. (Princípios de Atribuição) determina que autoridades nacionais agindo paralelamente devem coordenar ao máximo os seus trabalhos. Novamente, a legislação promove a descentralização da aplicação do todo do artigo 101.º e do artigo 102.º do Tratado conjugada à cooperação estreita entre os Estados-Membros, com intuito de otimizar a utilização dos recursos nacionais e de produzir decisões coesas no interior da União.

A actuação paralela de autoridades nacionais atende a esses objectivos, porém revela-se como causa de insegurança jurídica às organizações investigadas. O exercício do direito de defesa é directamente relacionado com a certeza da parte acusada sobre quais regras processuais deverá seguir. Essa certeza é de certo modo ameaçada no actual regime de controlo da concorrência na União Europeia, porque a reforma efectuada pelo Regulamento n.º 1/2003 e o pacote de modernização que o acompanha não agregou a harmonização processual à uniformização substancial dos regimes jurídicos dos Estados-Membros.

Implica dizer que as companhias acusadas de violação à concorrência devem exercer os seus direitos ao contraditório, ampla defesa, transparência e equidade do processo, em circunstâncias instáveis decorrentes da diversidade de legislações procedimentais e das regras de atribuição e reatribuição de casos no âmbito da REC. Como discutido nos dois últimos tópicos, a autoridade que toma, oficiosamente ou provocada por denúncia, as primeiras medidas formais de investigação sobre um caso não será necessariamente a autoridade que dará seguimento ao processo. Ao que se soma a probabilidade de reatribuição do caso até à decisão final em hipótese de alteração material dos factos conhecidos.¹²⁰ As diferentes normas nacionais processuais, no contexto do sistema de atribuição de casos vigente, acabam por ter

¹¹⁸ Ver EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 472 ss.

¹¹⁹ Ver cit. 26.

¹²⁰ De acordo com os argumentos apresentados em 2.3.2, a alteração material dos factos investigados é situação comum no curso do processo.

aplicação extraterritorial – incidência das normas de um Estado-Membro sobre os deveres, direitos e garantias legais de empresas estrangeiras.

De facto, a combinação e harmonização de legislações materiais e processuais em um mesmo pacote de modernização teria sido uma estratégia precipitada. No entanto, a Reforma poderia ter estipulado, ao menos, a adaptação obrigatória das legislações processuais dos Estados-Membros da REC a algumas garantias processuais reconhecidas internacionalmente como essenciais à equidade processual:

Four broad categories of procedural guarantee were acknowledged.¹ First, firms should have notice that formal proceedings against them are pending and a statement of the authority's objections. Secondly, firms should be able to submit their views and evidence in advance of any ruling. Thirdly, firms involved in competition proceedings should be able to have decisions affecting them reviewed by an independent judicial body. Fourthly, the protection of confidential information should be guaranteed.¹²¹

Em 6 Janeiro de 2010, no intuito de promover maior transparência e previsibilidade dos procedimentos comunitários de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, e na expectativa de que as orientações sejam seguidas pelos Estados-Membros, a Direcção-Geral da Concorrência e os Auditores da Comissão Europeia em procedimentos concorrenciais publicaram esclarecimentos sobre o funcionamento na prática dos procedimentos *antitrust* perante a Comissão.¹²² A iniciativa é composta por três documentos denominados *Best Practices for Antitrust Proceedings*, *Best Practices for the Submission of Economic Evidence* e *Guidance on the Role of the Hearing Officers in the Context of Antitrust Proceedings*,¹²³ que explicam às companhias como as investigações são procedidas, o que podem esperar da Comissão, e o que a Comissão espera das organizações investigadas. Os interessados foram chamados a apresentar, no prazo de 8 semanas a contar da data da publicação, comentários sobre os documentos e a contribuir para futuras adaptações. A consulta foi encerrada em 3 de Março de 2010.¹²⁴

¹²¹ NOONAN, Chris, cit. 69, p. 564.

¹²² O cargo de auditor foi criado em 1982 a fim de aumentar a imparcialidade e objectividade nos processos em matéria de concorrência perante a Comissão. Ao longo dos anos, a importância do posto aumentou, levando em Junho de 2001 à sua revisão. Desde então, os auditores são independentes da Direcção-Geral da Concorrência, e se dirigem directamente ao Comissário da Concorrência. A revisão do cargo teve como objectivo reforçar a independência e autoridade dos auditores, e reforçar a objectividade e qualidade do processo de concorrência da Comissão; informações publicadas do sítio oficial dos Auditores da Concorrência [Consult. 21 Març. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html>.

¹²³ Os documentos foram publicados pela Direcção-Geral da Concorrência: [Consult. 21 Març. 2010]; disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html>.

¹²⁴ ECN Brief - Issue 1/2010 [Em linha]. Bruxelas: European Competition Network, 2010- Jan. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2010/brief_01_2010_short.pdf>, p. 21-2.

O âmbito comunitário mostra dedicação à construção de um regime que reúne controlo efectivo da concorrência e respeito aos direitos e garantias das empresas processadas. No entanto, no âmbito nacional, a não uniformização processual gera diferentes níveis de protecções a tais direitos e garantias. Prof. Denis Waelbroeck, por ocasião da fase de elaboração do Regulamento, afirmou em suas previsões sobre os efeitos do novo regime que a descentralização da aplicação das regras substanciais em matéria de concorrência do Tratado por 16 ordenamentos processuais distintos (número de Estados-Membros da União à época das afirmações, em 2002) gerariam a adopção de decisões contraditórias entre si, aplicação de diferentes níveis de protecção e necessariamente o aumento dos riscos de conflitos com a Convenção Europeia de Direitos Fundamentais em todos os estágios do procedimento,¹²⁵ nomeadamente, investigações, requisição de informações, oferecimento de denúncia, acesso aos processos sob a competência de outras autoridades, audiência, decisão, sanção, recursos, dentre outros.¹²⁶

As previsões pessimistas são perfeitamente aceitáveis se considerado o cenário de aplicação dos regras da concorrência da União antes da estreita cooperação que se processa actualmente dentro da REC e gera resultados contrários aos acima descritos. O Prof. Waelbroeck descreveu a realidade que o levou a tais conclusões:

In recent years, the emergence of new antitrust agencies throughout the Community, all applying largely similar rules, has led to a multiplication of authorities that often have:

- *condemned a given behaviour – and even imposed criminal sanctions for alleged infringements – which was then exempted by another authority;*³
- *exempted a given behaviour which was then condemned by another authority;*⁴ or
- *condemned through multiple sanctions one and the same behaviour*

*Moreover, there have not only been conflicts between national authorities, but also between national courts and the Commission.*⁵

Tais circunstâncias eram reflexo da falta de um mecanismo de alinhamento e promoção da consistência entre as decisões emitidas nos Estados-Membros, e não somente das divergências processuais entre as legislações nacionais. Dada a situação de progressiva convergência entre as regras nacionais de direito material em matéria de concorrência, mas de divergência entre as formalidades de emissão de decisões de aplicação dessas regras, a Comissão optou por direccionar a reforma instaurando um mecanismo de cooperação entre as

¹²⁵ A compatibilidade do actual regime de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado com os seguintes documentos é analisada no capítulo 3: CONVENÇÃO para a Protecção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, assinada em 04 de Abril de 1950 em Roma, com as modificações introduzidas pelo Protocolo n.º 11, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n.ºs 4, 6, 7 e 13 [Em linha]. Bruxelas: Conselho Europeu, 2003- [Consult. 06 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>; e CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 18 de Dezembro de 2000, J.O. [2000] n.º C 364/1.

¹²⁶ EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 473.

autoridades nacionais até o momento inexistente: a Rede Europeia da Concorrência. Cada informação à Rede sobre abertura de procedimentos, a consequente atribuição/reatribuição de um caso, assim como a emissão de decisões acolhidas e reconhecidas pelos demais Membros, significam um passo adiante no sentido de harmonizar a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.

O processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência no interior da União Europeia, do qual a Reforma de 2004 é uma das medidas, poderia ser representado em fases: 1) surgimento de autoridades administrativas especializadas em matéria de concorrência e responsáveis por manter no mercado um nível de concorrência propício ao progresso económico e ao bem-estar social, 2) convergência entre as normas de direito material, 3) convergência na interpretação e aplicação do direito material ao caso concreto, 4) convergência entre as normas de direito processual, 5) adopção de um ordenamento substancial e procedimental único, 6) harmonização dos tipos e níveis de sanções aplicadas em matéria de concorrência nos Estados-Membros, e 7) adopção de uma legislação única para aplicação de sanções em todos os Membros. Como relatado pelo Professor Waelbroeck, antes da Reforma, houve lugar ao aparecimento de novas agências ao longo de toda a UE (primeira fase), todas aplicando regras similares, é dizer, autoridades da concorrência aplicando normas similares de direito material (segunda fase). Este estudo considera que a Reforma partiu do ponto intermediário entre a segunda e a terceira fase.

A passagem para uma etapa mais avançada é directamente relacionada com o grau de cooperação entre as autoridades da concorrência. A fase a ser ultrapassada deve estar devidamente consolidada, sob pena de comprometer todas as conquistas em termos de cooperação já alcançadas. Em outras palavras, para a harmonização substancial entre as legislações nacionais foi necessário o alcance de um patamar mínimo de interacção entre as autoridades recém surgidas; da mesma forma, a passagem para a etapa de harmonização processual exige ainda maior coordenação entre as autoridades e amadurecimento da harmonização substancial dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

O Regulamento n.º 1/2003, através do artigo 35.º, reafirmou o progresso equivalente à primeira fase do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência adquirido antes de sua vigência, consolidou a segunda fase com a determinação do artigo 3.º, e partiu para a terceira fase com a criação de uma rede para finalmente coordenar os trabalhos entre os âmbitos nacionais e o comunitário e tornar possível a convergência na interpretação e aplicação do direito material ao caso concreto. O artigo 35.º determina que todos os Estados-Membros devem designar autoridades administrativas e judiciais da concorrência. O artigo 3.º

impõe a convergência das regras substantivas nacionais aos moldes das regras comunitárias. E a REC, com a Comissão ocupando posição superior de assistência e controle, cuida da aplicação uniforme e consistente dos artigos 101.º e 102.º em todo o território da União.

Unir a quarta fase à segunda e à terceira não seria adequado ao nível de experiência e integração entre os Estados-Membros em 2004,¹²⁷ e comprometeria as expectativas de bons resultados quanto às segunda e terceira fases. Portanto, pode-se afirmar que a Reforma optou prudentemente por assegurar a solidez de cada fase desse processo ao excluir a harmonização processual do seu conteúdo. Atendendo aos mandamentos das segunda e terceira fases, até 2008, as entidades comunitárias emitiram mais de 20 documentos legislativos e não legislativos que reflectem as realidades de mercado e as tendências jurídico-económicas contemporâneas.¹²⁸ De facto, a opção de tratar da harmonização processual em outro momento não afectou o progresso em direcção à estreita cooperação entre os Estados-Membros em matéria de concorrência.

Já no primeiro ano de vigência da legislação reformadora, constatou-se a ampla cooperação no processo de elaboração de decisões entre as autoridades nacionais, facto que produz “*a common understanding as to the application of the EC competition rules and is acting as catalyst for convergence in the areas where uniform EC law borders on non harmonised national law*”.¹²⁹ Mesmo diante da diversidade processual dentro da REC, os primeiros cinco anos de vigência do sistema são suficientes para demonstrar que o mais importante em Maio de 2004 era difundir uma cultura uniforme da concorrência em todos os membros, independentemente do procedimento administrativo ou judicial que as autoridades nacionais usarão para executar os princípios normativos ditados por essa cultura.

A execução da segunda fase precisou da obrigação prevista no n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003:

Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81.º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de

¹²⁷ Ver “IV. Different resources for national authorities and different levels of maturity”, EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 346.

¹²⁸ EUROPEAN COMMISSION – DG Competition Annual Management Plan 2009 [Em linha]. [Consult. 15 Jan. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2009_en.pdf>, p. 24.

¹²⁹ Philip Lowe, na ocasião, Director-Geral da Concorrência, em discurso na International Bar Association/European Commission Conference, em Bruxelas, em Março de 2005, MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 36.

concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82.º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82.º do Tratado.

A execução da terceira e principal fase no contexto da Reforma de 2004 resulta do sucesso da cooperação entre os membros da REC. A difusão da cultura uniforme da concorrência entre as autoridades nacionais sem que, em um primeiro momento, os Estados-Membros adoptassem procedimentos unificados pode ser constatada no movimento de crescente aplicação sem resistência dos artigos concorrenciais do Tratado pelas autoridades nacionais da concorrência.¹³⁰

- a aplicação paralela das normas comunitárias e das normas nacionais da concorrência estabeleceu-se como prática nos membros da REC.¹³¹ Mesmo diante da possibilidade de aplicar paralelamente suas legislações, conforme prevê o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento, alguns Estados-Membros, como Itália e Luxemburgo, decidiram por aplicar exclusivamente as regras comunitárias às situações descritas no artigo 3.º;¹³²
- ao final de 2004, as autoridades nacionais já haviam informado a Comissão de 200 casos processados com base nas regras comunitárias da concorrência;
- até Abril de 2009, em Itália, metade das decisões adoptadas pela autoridade italiana da concorrência aplicaram a legislação comunitária; 10% das decisões em França, cerca de 30% das decisões em Bélgica, Dinamarca e Países Baixos, aproximadamente 25% em Portugal e Grécia, e perto de 20% em Hungria e Eslovénia.¹³³

Difundir uma cultura uniforme da concorrência significa não somente alinhar a actuação das autoridades nacionais, produzindo decisões coerentes e automaticamente reconhecidas pelos demais Estados-Membros, mas também propagar os benefícios do controlo da concorrência entre os cidadãos da União. Um regime de promoção da concorrência com

¹³⁰ Importante destacar que a literatura e os relatórios da Comissão sempre referem-se à resistência da aplicação da legislação comunitária aos casos processados pelo âmbito nacional no período anterior à Reforma.

¹³¹ A primeira edição da Revista da Rede Europeia da Concorrência, ECN Brief - Issue 1/2010 [Em linha], cit. 125, apresenta 12 processos de violações à concorrência em diferentes Estados-Membros, relevantes para o quadro geral do controlo da concorrência, no período entre Setembro de 2009 e Janeiro de 2010, dentre os quais 9 membros relatam a aplicação paralela das normas comunitárias e das normas nacionais da concorrência: Espanha, Portugal, Bélgica, Dinamarca, Hungria, Letónia, Países Baixos, Polónia e Eslováquia.

¹³² Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 47.

¹³³ Idem, p. 46. Em seguida aos dados acima expostos, a Comissão esclarece: “149. *Insofar as certain national competition authorities dealt with lower ratios of cases based on EC competition law, this can be due to a range of factors. Notably, the ratio will be crucially influenced by the priority setting applied by the respective national competition authorities. For instance, an authority that investigates numerous agreements or alleged abuses of local scope will have a lower percentage of cases based on EC competition law. 174 For the Member States that joined the EU in 2004 and 2007, and in particular Romania and Bulgaria, the rate of application of Articles 81 and 82 EC is also influenced by the period of applicability of those rules in their territories. Moreover, for some authorities, the overall number of formal enforcement decisions is too small to make meaningful conclusions about the ratio of EC law cases decided.*”

intervenção estatal no sentido de manter a liberdade de entrada e saída do mercado, como parte do conjunto de políticas económicas de um Estado, necessita de legitimação social, isto é, do reconhecimento da sociedade quanto aos seus bons resultados. Desvinculada da obrigação dos Estados-Membros de promover adaptações processuais, a cultura uniforme da Concorrência disseminada pela REC consolidou o sucesso das segunda e terceira fases do processo ora analisado e mediou a legitimação social do sistema comunitário de controlo da concorrência, conforme demonstram os dados estatísticos do *Eurobarometer 2006* relativos às opiniões dos cidadãos europeus sobre a ampliação da concorrência no Mercado Comum.¹³⁴

According to a 2006 Eurobarometer survey, 67% of EU citizens consider that increased competition in markets, such as transportation and telecommunications, is a good thing. According to another 2006 Eurobarometer survey, more than 82% of business leaders in the EU consider it important that fair competition is ensured in the single market, while more than 68% of business leaders in the EU consider it important that sectors, such as energy, transport, telecommunications and postal services are further opened up to competition.

A divergência processual dentro da REC é balanceada pela difusão da aplicação de garantias processuais dos acusados extensivas a todas as políticas comunitárias que envolvem aplicação de sanções,¹³⁵ e pela onda de convergência entre os ordenamentos processuais dos Estados-Membros sem que haja obrigação legal nesse sentido. A cooperação através da Rede promove movimentos de convergência legislativa em todas as áreas do controlo concorrência no Mercado Comum, como na abolição de sistemas nacionais de notificações, e na harmonização dos regimes nacionais de investigações, adopção de medidas provisórias, imposição de compromissos ou inquéritos por sectores.¹³⁶ Não seria diferente a nível de legislação procedimental:¹³⁷

2008 saw the continuation of the "convergence" process observed in the context of Regulation 1/2003³³⁹. Over and above the legal obligations arising from the implementation of the Regulation, there is a trend towards greater approximation of national procedural laws and policies.

¹³⁴ DG Competition Annual Management Plan 2009 [Em linha], cit. 128, p. 8. Ver Anexo I – **Internal Market: Opinions and experiences of Citizens in EU-25** [Em linha], p. 12. Bruxelas: Comissão Europeia, 2006-
[Consult. 15 Jan. 2010]. Disponível em WWW: <URL:
http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_254_en.pdf>.

¹³⁵ Aqui refere-se, nomeadamente, aos documentos basilares de defesa aos direitos fundamentais na União Europeia: Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cit. 125.

¹³⁶ MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 67. Estas medidas e os movimentos de convergências a elas relacionados serão devidamente explicados nos tópicos e capítulos seguintes.

¹³⁷ Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2008, cit. 60, p. 95.

Principalmente, no que diz respeito ao sistema de clemência da Comissão aplicado às empresas participantes em cartéis secretos que cooperam com as investigações.¹³⁸ O processo de “convergência” ao qual a Comissão acima se refere consiste, nomeadamente, na adesão dos Estados-Membros ao Programa Modelo de Clemência da REC de 2006 – *ECN Model Leniency Programme*. Em 2002, apenas quatro Estados-Membros operavam sistemas de clemência; em 2007, sete Estados-Membros, Bélgica, República Checa, Dinamarca, França, Itália, Países Baixos e Portugal, já haviam revisado ou adoptado novos programas para adequarem-se ao Programa Modelo; e ao final de 2008, com excepção de Malta e Eslovénia, todos os demais membros da REC já haviam adoptado programas desta natureza.¹³⁹

A convergência progressiva das normas processuais nacionais, decorrente da bem sucedida e cooperativa Rede Europeia da Concorrência, não implica dizer que a quarta e seguintes etapas do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência em todos os membros da União não devem ser implementadas oficialmente. O estrito relacionamento entre os membros da Rede jamais será hábil para suprir totalmente qualquer das fases do processo.

2.3.4) A não uniformização das políticas de investigação e aplicação de sanções em matéria de controlo da concorrência nos Estados-Membros

A Reforma de 2004 reservou-se à harmonização da legislação substancial nos Estados-Membros, optando por partir para a uniformização das demais matérias jurídicas formadoras do controlo da concorrência somente quando tiver a certeza que, de facto, a cultura comunitária da concorrência esteja disseminada e seja aplicada efectivamente em todos os Estados-Membros. A discussão do ítem anterior concentrou-se na existência de diferentes normas processuais voltadas para a aplicação de um único ordenamento jurídico material, isto dentro de uma rede na qual seus membros devem agir em coordenação.

À pluralidade processual soma-se a multiplicidade de procedimentos de investigação e de naturezas jurídicas e níveis das sanções aplicadas aos infractores dos artigos 101.º e 102.º do Tratado. Isso porque o Regulamento n.º 1/2003 disciplina os poderes de investigação e aplicação de coimas e sanções pecuniárias compulsórias somente da Comissão, restando aos

¹³⁸ O Programa de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante (Programa de Clemência) no âmbito comunitário e dentro da REC é explorado no tópico 3.2.

¹³⁹ EUROPEAN COMMISSION – Commission Report on Competition Policy 2007 Including Commission Staff Working Document, COM [2008] 368 final [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2007/part2_en.pdf>, p. 139; e Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2008, cit. 60, p. 95.

Estados-Membros a regulamentação destas medidas em suas jurisdições. Ainda que regulamentados a nível comunitário, no que se refere aos poderes de investigação, a Comissão depende da cooperação dos Estados-Membros e, conseqüentemente das normas vigentes nos territórios nacionais.

Os diferentes níveis das sanções aplicadas no interior da UE são resultado da autonomia legislativa dos Estados-Membros nesse sentido. A título ilustrativo, em Grécia, o montante da sanção pecuniária em matéria de infracções à concorrência pode chegar a 15% do volume de negócios de uma companhia, enquanto na maioria dos Estados-Membros este valor é limitado a 10%, a exemplo de Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Países Baixos e Suécia. A base de cálculo das sanções também sofre variação: em Itália, as sanções são calculadas com base em parte do volume e negócios decorrente dos produtos/serviços objectos da conduta anti-competitiva; em Bélgica, o cálculo tem como base as vendas no mercado nacional e nas exportações; etc.¹⁴⁰ Em alguns países, como Alemanha, França, Grécia, e Irlanda, é prevista prisão para atentados às leis da concorrência.

No âmbito comunitário, segundo o novo Regulamento, além das possibilidades de requerer informações e inspecções já dispostas no Regulamento n.º 17 de 1962,¹⁴¹ a Comissão possui poderes para registar declarações nos termos do artigo 19.º, para promover visitas de inspecções a instalações privadas nos termos do artigo 21.º, afixar selos em instalações empresariais e impor sanção em casos de violação a estes selos, poderes para fazer perguntas orais relativas a factos e documentos relacionados com uma inspecção, gravar as decorrentes respostas e impor sanções por respostas incorrectas.

O Capítulo VI do Regulamento n.º 1/2003, classifica as sanções aplicáveis pela Comissão aos infractores dos artigos 101.º e 102.º do Tratado em dois tipos: coimas e sanções pecuniárias compulsórias. As coimas são impostas às empresas ou associações de empresas que falseiem indícios, impeçam ou deturpem as investigações, enquanto as sanções compulsórias àquelas que se recusem a cumprir decisões do órgão comunitário.¹⁴²

Como apenas dito, as coimas e sanções pecuniárias compulsórias são aplicadas somente a empresas ou associações de empresas. A Comissão comina penas a pessoas naturais exclusivamente em hipótese de coincidência entre pessoa física e pessoa jurídica. Em todos os Estados-Membros, as sanções de natureza pecuniária (entendida como género composto pelas espécies “coimas” e “sanções pecuniárias compulsórias”) são aplicáveis às companhias,

¹⁴⁰ EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 470.

¹⁴¹ Presvistas respectivamente, nos artigos 18.º e 22.º do Regulamento n.º 1/2003.

¹⁴² Ver artigos 23.º e 24.º do Regulamento n.º 1/2003.

enquanto a imposição de penas a pessoas físicas associadas às empresas não encontra amparo em todos os ordenamentos jurídicos nacionais.¹⁴³ O Regulamento n.º 1/2003 ordena os critérios de fixação e o valor máximo do montante das sanções de natureza pecuniária a serem impostas pela Comissão, e as normas dos Estados-Membros ocupam-se distintamente dos critérios e valores locais válidos.

O n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003, substituto do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 de 1962, limita em 10% do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente o valor máximo da coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infracção. O dispositivo é complementado pelas Orientações da Comissão para cálculo das coimas de 2006,¹⁴⁴ e já teve sua legalidade confirmada pelos tribunais comunitários.¹⁴⁵ Respeitado o limite de 10% estipulado no artigo 23.º do Regulamento, as Orientações dispõem factores de cálculo que elevam o valor e, conseqüentemente, o potencial preventivo das sanções pecuniárias aos atentados à concorrência:

19. O montante de base da coima estará ligado a uma proporção do valor das vendas, determinado em função do grau de gravidade da infracção, multiplicado pelo número de anos de infracção. 20. A apreciação da gravidade será feita numa base casuística para cada tipo de infracção, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes do caso. 21. Regra geral, a proporção do valor das vendas tomada em conta será fixada num nível que pode ir até 30 %.

Dada esta visão geral sobre a aplicação de coimas no âmbito comunitário, destaca-se, novamente, que a aplicação de sanções nos Estados-Membros não obedece a critérios idênticos. O facto de serem as autoridades da concorrência autorizadas por suas leis nacionais a impor sanções não coincidentes com aquelas que seriam impostas por autoridades da concorrência em outros Estados-Membros, somado à aplicação directa e uniforme dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, nos moldes do artigo 3.º do novo Regulamento, por estas autoridades, poderia levar à seguinte afirmação: a mesma infracção pode ser penalizada diversas vezes e em diferentes níveis, uma vez que todas as autoridades nacionais estão, em princípio, autorizadas a processar e sancionar atentados aos artigos 101.º e 102.º conforme designam suas normas processuais, administrativas e/ou criminais.

¹⁴³ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 50.

¹⁴⁴ ORIENTAÇÕES para o cálculo das coimas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 1 de Setembro de 2006, J.O. [2006] C 210/02.

¹⁴⁵ Ver caso *Degussa v. Comissão*, do Tribunal de Justiça da União Europeia, (C-266/06), ainda não publicado, parágrafos 36 a 63; e *Jungbunzlauer v. Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, (T-43/02), [2006] Colectânea n.º II-3435, parágrafos 69 a 92. Os acórdãos referem-se ao n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 de 1962, substituído sem quaisquer alterações substanciais pelo n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003.

Uma das linhas de defesa do vigente regime de controlo da concorrência executado dentro da REC assevera que tal desrespeito ao direito fundamental das organizações de não serem punidas mais de uma vez por uma mesma infracção e ao direito à certeza sobre qual procedimento de defesa será válido do início ao final do processo, é evitado pela previsibilidade da atribuição de casos na REC. No actual sistema de (re)atribuição de casos, independentemente da autoridade iniciadora dos procedimentos de investigação, uma companhia pode claramente prever qual autoridade (Comissão ou autoridades administrativas ou judiciais da concorrência nos Estados-Membros) irá definitivamente processá-la. Há a facilidade em antever sob quais os regimes de investigações e sanções uma organização deverá exercitar seus direitos e garantias na condição de acusada.¹⁴⁶

Outra corrente afirma que não há e nem deve haver a previsibilidade da atribuição de um caso na Rede, e que este facto não afecta os direitos e garantias processuais das organizações envolvidas. Segundo esta lógica, o Regulamento n.º 1/2003 e a Comunicação sobre a Cooperação na REC criam um sistema totalmente flexível de atribuição de casos que não gera expectativas às acusadas quanto à autoridade promotora do processamento. Em matéria de direitos das investigadas, esses mantêm-se inalterados em hipótese de reatribuição, porque a autoridade receptora deverá respeitar os direitos já adquiridos sob a jurisdição da autoridade concessora, nos termos dos parágrafos 41 e 42 da Comunicação sobre a Cooperação na REC.

Em todo caso, a incerteza processual deve ser calculada por quaisquer companhias que se estabeleçam sob a jurisdição da União, e ainda mais pelas infractores às regras comunitárias da concorrência. Todos os agentes de mercado são cientes de que práticas anti-concorrenciais são alvo de combate, simultaneamente, da Comissão e todas as autoridades da concorrência nos Estados-Membros, que decidem entre si na Rede Europeia da Concorrência sobre a atribuição de competências. Não ter direito à escolha da jurisdição é situação comum aos acusados em qualquer esfera de processamento criminal:¹⁴⁷

In no system, be it administrative or criminal, does the subject of an investigation have a right to choose its investigator or its judge. Similarly, it is fair that undertakings do not have a right

¹⁴⁶ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 51.

¹⁴⁷ GAUER, Céline – Due Process in the Face of Divergent National Procedures and Sanctions, p. 5. Céline Gauer é membro da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia desde 1995. Após três anos de aplicação das regras de competição contra os cartéis, envolveu-se com a "modernização", contribuindo para a elaboração do Livro Branco e da proposta da Comissão do novo Regulamento. Céline Gauer foi membro da equipe responsável pela negociação do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho. De 2003 a 2006, foi, no âmbito da unidade encarregada da Rede Europeia da Concorrência, responsável pela coordenação da ECN e casos de cartel. Ela também foi responsável por iniciativas políticas respeitantes aos cartéis e de questões relacionadas ao devido processo legal nos processos de concorrência. Desde 2007, é vice-chefe da unidade responsável pela política e controlo antitrust.

to have their case decided by a given authority. This system is actually quite similar to traditional criminal systems: someone who is accused of a crime committed abroad can be prosecuted where the crime was committed or in its own country. The accused has no right to choose where he will be judged. He only has a right not to be sanctioned twice¹⁵.

A segunda linha de defesa da prescindibilidade de harmonização das políticas de investigação e aplicação de sanções em matéria de controlo da concorrência nos Estados-Membros é em parte aceitável. A flexibilidade na atribuição de casos dentro da Rede não serve à distribuição aleatória de competências. Os membros da REC não podem decidir livremente em cada caso concreto qual autoridade é competente como se se tratasse de uma questão meramente interna e independente dos direitos e garantias dos acusados.

A atribuição de casos no sistema de competências paralelas e no sistema vertical de competências é previsível porque obedece aos critérios objectivos dispostos na legislação, e sua flexibilidade deve ser entendida como instrumento ao serviço da reatribuição imediata e tempestiva de casos já iniciados, *ex officio* ou decorrentes de denúncias, por uma autoridade mal posicionada para uma melhor posicionada,¹⁴⁸ e não como meio promotor de inúmeras reatribuições de um só caso. De facto, o acusado normalmente não tem direito em pleitos sancionatórios a decidir qual será o seu investigador ou seu julgador, mas tem o direito a saber que leis deve seguir para gozar plenamente de seus direitos inerentes à defesa.

O novo Regulamento e o pacote legislativo que o acompanha não disciplinam uma forma de impedir que as autoridades reabram procedimentos contra a mesma infracção depois de encerrados os procedimentos pela Comissão (ou seja, depois de terminado o efeito do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento do Conselho) ou por outra(s) autoridade(s). No entanto, todas as autoridades nacionais comprometerem-se a obedecer os princípios estabelecidos na Comunicação sobre a Cooperação na REC, dentre os quais, aos princípios de atribuição de casos: “72. Os princípios estabelecidos nesta comunicação serão também respeitados por todas as autoridades da concorrência dos Estados-Membros que assinaram uma declaração de acordo com o modelo anexo à presente comunicação”.

No mais, o Regulamento não harmonizou as regras de investigações e de imposição de sanções dos Estados-Membros com as regras comunitárias, mas prevê um nível mínimo de protecção aos direitos e garantias processuais das companhias acusadas a ser respeitado pelos ordenamentos jurídicos nacionais. O nível mínimo de protecção aos direitos dos acusados no regime de controlo da concorrência no interior da União é estabelecido pelos direitos fundamentais prescritos na Carta dos Direitos do Homem da União Europeia, e

¹⁴⁸ Ver ítem 2.3.2 acima.

automaticamente, também aqueles constantes da Convenção Europeia de Direitos Fundamentais na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens:¹⁴⁹

O presente regulamento respeita os direitos fundamentais e observa os princípios gerais reconhecidos, nomeadamente, na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Assim, nada no presente regulamento deverá ser interpretado e aplicado como afectando esses direitos e princípios.

Não defende-se nesta ocasião a total divergência das legislações nacionais em matéria de procedimentos de investigação e de aplicação de sanções a atentados à concorrência, sob o pretexto de que o sistema de atribuição de casos e o respeito às leis de direito fundamental seriam suficientes para neutralizar as dificuldades surgidas dentro da Rede de cooperação em função da multiplicidade de regimes. As duas medidas são paliativas e suficientes apenas para o sucesso das segunda e terceira fases do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência ao longo de toda a União.

O determinado grau de harmonização oficial das sanções e procedimentos de investigação a ser pensado e executado em médio-longo prazo pela Comissão seria ferramenta efectiva para o melhor funcionamento da REC. Todavia, a experiência tem mostrado que a falta de harmonização não compromete a existência da Rede, nem seus bons resultados ultimamente apresentados.

2.4) A neutralização da diversidade legislativa entre os Estados-Membros pela cooperação voluntária dentro REC

A Rede Europeia da Concorrência é um fórum de discussões e troca de informações e de experiências através do qual a política comunitária da concorrência é adequada às particularidades dos Estados-Membros, assim como o controlo da concorrência executado pelas autoridades nacionais é, progressivamente, alinhado à cultura/política da concorrência considerada ideal para que a União alcance os objectivos socioeconómicos traçados pelo Tratado e demais documentos basilares da União.

A interacção entre os membros da Rede acontece em fóruns de discussões. Actualmente, esses grupos de debate são organizados em quatro diferentes níveis: encontros dos Directores-Gerais das autoridades europeias da concorrência, reuniões do Plenário, os

¹⁴⁹ Regulamento n.º 1/2003, cit. 5, Considerando (37). Ver WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 54. Ver item 3.3, abaixo.

grupos horizontais de trabalho e os subgrupos específicos para cada sector económico.¹⁵⁰ Em quaisquer dos níveis, não há regras de votação, os debates e cooperação entre os membros devem conduzir a um consenso. Isto porque a Comissão é guardiã do Tratado e tem a responsabilidade final sobre as directrizes da política a serem aplicadas, mas não é o único agente responsável pelo desenvolvimento, salvaguarda, eficiência e consistência das políticas comunitárias.

A reunião dos Directores-Gerais é o fórum de debate das questões políticas mais importantes e constitui o nível mais alto da REC. Este encontro ocorre uma vez por ano e discute questões de extrema relevância como, por exemplo, a revisão da política da Comissão a respeito do artigo 102.º do Tratado, o Programa Modelo de Clemência da REC, os aumentos dos preços de alimentos e energia e a crise financeira. O Plenário também ocupa posição central nas actividades da Rede. A reunião discute sobre questões práticas de interesse comum a todos os membros, a exemplo, a capacidade das autoridades nacionais da concorrência para não aplicar medidas estatais sempre que assim seja necessário para a aplicação das regras comunitárias da concorrência e do artigo 10.º do Tratado.¹⁵¹

Encontros dessa natureza têm-se revelado extremamente benéficos em termos de desenvolvimento de uma cultura comum dentro da Rede. Os participantes são geralmente funcionários das autoridades nacionais da concorrência responsáveis pelas questões da REC e oficiais do departamento da Direcção-Geral da Concorrência integrado directamente à Rede. Em um nível inferior de discussões, mas paralelo em importância, estão os grupos de trabalho que tratam de questões horizontais de natureza jurídica, económica ou processual relacionadas, simultaneamente, ao direito comunitário e às diversas legislações nacionais. A Comissão relatou alguns dos recentes temas objecto dos grupos de trabalho na REC.¹⁵²

- o Grupo de Trabalho sobre as Questões de Cooperação na Rede abordou a implementação e aperfeiçoamento de mecanismos de cooperação no âmbito da REC, tais como a cooperação em matéria de inquéritos sectoriais e os pedidos de assistência das autoridades nacionais da concorrência nos termos do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003.;

¹⁵⁰ Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 72-3.

¹⁵¹ Ver cit. 50 e acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Conorzio Industries Fiammiferi (CFI) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit. 18.

¹⁵² Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 73.

- dois grupos de trabalho foram criados no contexto da revisão da política da Comissão em matéria de acordos horizontais e verticais. Estes grupos têm a tarefa de explorar a experiência das autoridades nessas áreas, contribuindo para a reforma dos actuais Regulamentos e Orientações a respeito das Isenções por Categoria.

No nível base da Rede encontram-se os 15 subgrupos que dedicam-se à troca de experiências e informações sobre subsectores de mercado, quais sejam, o sector bancário, mercado de capitais/valores mobiliários, seguros, alimentos, farmacêutico, de profissionais liberais, saúde, meio ambiente, energia, rodovias, veículos automotores, telecomunicações, comunicação social (media), desporto e transportes marítimos.¹⁵³ Nesses subgrupos, membros especialistas das autoridades nacionais da concorrência e a Direcção-Geral da Concorrência (Comissão) lidam com questões substanciais, no intuito de consolidar uma cultura comum da concorrência nesses sectores. Destaca-se o êxito dos subgrupos nos primeiros cinco anos da REC.¹⁵⁴

- Subgrupo Energia – reuniu autoridades e reguladores nacionais da concorrência nos *Energy Days* 2004, 2005, 2006, 2007, nos quais discutiu-se, entre outros pontos, o inquérito ao sector energético realizado pela Comissão em 2005 com resultados publicados em 2007;¹⁵⁵
- Subgrupo Sector Bancário – ocupou-se de discussões sobre as particularidades do caso *MasterCard* e suas consequências para o sector;¹⁵⁶

¹⁵³ Os subsectores de mercado a serem explorados pelos subgrupos de trabalho da REC são assim divididos conforme a classificação sectorial da Direcção-Geral da Concorrência [Consult. 17 Mar. 2010] (Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/index_en.html>: sector energético – electricidade, gás, petróleo; sector de serviços financeiros – bancos, mercado de capitais e seguros; sector de tecnologias da informação e da comunicação (TIC); sector de meios de comunicação social; sector de veículos automotores; sector de produtos farmacêuticos; sector de serviços postais; sector de profissionais liberais; sector de telecomunicações; sector de transportes; agricultura – agricultura e alimentos; sector de bens de consumo; e desporto.

¹⁵⁴ Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 73.

¹⁵⁵ Só nos últimos anos a Política Europeia da Concorrência tem reagido à alta concentração do mercado grossista de gás e electricidade, aos preços elevados e escolha limitada para os consumidores. Consequência desta reacção foi o lançamento do inquérito ao sector energético em 2005 para identificar as barreiras que impedem a concorrência nos mercados de electricidade e gás. *Overview* da Comissão Europeia sobre o tema: [Consult. 17 Mar. 2010] disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/overview_en.html>.

¹⁵⁶ No caso MasterCard (COMP/34.579, disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_34579>), a Comissão considerou que uma associação de bancos restringiram a concorrência ao decidir sobre as Comissões Interbancárias Multilaterais (CIM)/ Multilateral Interchange Fees (MIF) e a Single Payment Area (SEPA). A MasterCard invocou o n.º 3 do artigo 101.º do Tratado conforme detalhado em Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 12-1.

- Subgrupo Desporto – contribuiu substancialmente para a formulação das directrizes da Comissão sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado em matéria de Desporto reunidas no *White Paper on Sport* e no *Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context*,¹⁵⁷
- Subgrupo Meio Ambiente – contribuiu substancialmente para a formulação das orientações sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado em matéria de Gestão de Resíduos contidas no *DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems*,¹⁵⁸
- Subgrupo Produtos Farmacêuticos – concentrou-se nos dados fornecidos pelo inquérito ao sector de indústrias farmacêuticas de iniciativa da Comissão, iniciado em Janeiro de 2008 e concluído em Julho de 2009,¹⁵⁹
- Subgrupo Alimentos – tornou-se muito activo em 2008 em resposta ao forte aumento dos preços no sector, contribuindo para a elaboração da Comunicação da Comissão sobre o melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa.¹⁶⁰

A capacidade de fornecedores e/ou compradores exercerem o seu poder de mercado de uma forma que distorce a concorrência em detrimento dos consumidores depende essencialmente do tipo de cadeia de abastecimento e das condições do mercado local. Uma vez que os mercados alimentares são mais frequentemente de âmbito nacional ou local, a Comissão tem colaborado estreitamente com as autoridades nacionais responsáveis pela concorrência em aspectos relacionados com os géneros alimentícios, no quadro da Rede Europeia da Concorrência (REC).

O diálogo constante entre os membros da Rede, em todos os níveis, tem contribuído significativamente nos últimos anos para que se alcance uma abordagem coerente para a política de aplicação das regras comunitárias de concorrência, a exemplo da vasta aplicação directa do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado pela maioria das autoridades nacionais. Apesar de ser umas das novidades da Reforma de 2004, por meio de cooperação na REC, mais da metade dos agentes nacionais da concorrência emitiu decisões nas quais declararam não preenchidas as

¹⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION – White Paper on Sport presented by Commission, COM(2007) 391 final [Em linha], de 11 de Julho de 2007. [Consult. 17 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/wp_on_sport_en.pdf>; e EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context – Accompanying document to the White Paper on Sport, SEC(2007) 935 [Em linha], de 11 de Julho de 2007. [Consult. 17 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/dts935_en.pdf>.

¹⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION – DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems [Em linha]. [Consult. 17 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/waste_management.pdf>.

¹⁵⁹ Todos os dados resultantes do inquérito ao sector farmacêutico disponíveis em [Consult. 17 Mar. 2010] WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>>.

¹⁶⁰ COMUNICAÇÃO da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa, de 28 de Outubro de 2009, COM(2009) 591 final, p. 6.

condições do n.º 3 do artigo 101.º.¹⁶¹ A interacção permanente e, muitas vezes, informal possibilitou a construção da confiança entre os membros da Rede, de forma a aproximar os níveis de especialidade (*know-how*) dos agentes nacionais e promover a convergência dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

O alinhamento dos poderes de investigação das autoridades nacionais da concorrência é uma das matérias em movimento de convergência, nomeadamente, no que se refere às inspecções em instalações comerciais (poder de selar as instalações, livros e registos, para pedir explicações orais, etc.). No momento, os agentes da concorrência em Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, Grécia, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Países Baixos, Polónia, República Checa, Reino Unido e Roménia já possuem poderes de investigação semelhantes aos da Comissão previstos nos artigo 19.º (Poderes para registar declarações) e artigo 20.º (Poderes da Comissão em matéria de inspecção) do Regulamento n.º 1/2003. Somente em Alemanha, Áustria, Bulgária, França, Hungria, Irlanda, Portugal e Suécia exige-se autorização judicial para inspecções em estabelecimentos empresariais. Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Grécia, Hungria, Luxemburgo, Malta, República Checa, Roménia e Suécia introduziram também o poder de inspecionar instalações privadas.¹⁶²

Grande convergência também tem ocorrido no âmbito da imposição de sanções. Todos os Estados-Membros prescrevem penas pecuniárias às organizações infractoras. Embora os níveis e os critérios de cálculo das penas ainda sejam divergentes, o caminho em direcção à sexta fase do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência no interior da UE inicia-se paralelamente à REC. Como defendido no item 2.3.3 acima, a Reforma optou por consolidar as primeiras três etapas do processo para, então, partir rumo às seguintes. Por este motivo, dentro da Rede, não há oficialmente um movimento de promoção da harmonização de leis sancionatórias, mas o forte relacionamento entre seus membros gera consequências externas no sentido da harmonização dos regimes jurídicos nacionais como a adopção em Maio de 2008 dos *Principles for Convergence on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law* elaborados pela *Association of European Competition Authorities* – ECA, a rede de autoridades da concorrência em operação no Espaço Económico Europeu.¹⁶³

¹⁶¹ Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 14.

¹⁶² Idem, p. 61.

¹⁶³ Idem, ibidem. O texto integral documento produzida pela ECA pode ser encontrado nos sítios oficiais da autoridades nacionais da concorrência, p. ex., no sítio da autoridade alemã [Consult. 18 Mar. 2010] disponível

No que diz respeito à busca dos Estados-Membros em sanar os sectores de mercado sem que para isso dependa exclusivamente de denúncias, verifica-se a crescente delegação de poderes aos agentes nacionais para realizarem inquéritos de sectores. O grande número de inquéritos e os sectores económicos alvo de investigações nos Estados-Membros demonstram que as discussões realizadas dentro da REC são incorporadas às culturas nacionais da concorrência. Os temas dos principais subgrupos de trabalho nos primeiros cinco anos da Rede – Energia, Sector Bancário, Desporto, Meio Ambiente, Produtos Farmacêuticos, Alimentos – são claramente e frequentemente identificados dentre os inquéritos por sectores realizados nos Estados-Membros nesse período.¹⁶⁴

A conclusão de que a REC levou à criação de um espaço que permite discussões e estreita cooperação entre os membros, promovendo progressivamente uma cultura de concorrência comum na Europa é extraída dos inúmeros casos de sanção a atentados à concorrência e o movimento de convergência legislativa no interior da UE. Entretanto, o desempenho da Rede “em tempo real” ainda não pode ser verificado, pois, até a edição da *ECN Brief*,¹⁶⁵ não havia publicação periódica sobre as actividades apenas decorridas e as actividades a serem brevemente realizadas. Até Janeiro de 2010, data da primeira edição do periódico, as únicas fontes periódicas de acompanhamento dos fóruns discussão no âmbito da Rede eram os Relatórios e Planos Anuais de Gestão sobre a Política de Concorrência, e as visões gerais da Comissão publicadas no sítio oficial à internet da Direcção-Geral da Concorrência. A Revista é uma resposta às exigências da comunidade jurídica e empresarial no sentido de ser dada maior transparência às discussões em curso na Rede.¹⁶⁶

Além de maior transparência sobre suas actividades, a REC deve servir como um espaço para discutir as divergências processuais, de procedimentos de investigação de imposição de sanção. A Reforma de 2004 não tem como meta explícita a uniformização das legislações nacionais nestas matérias, mas a eficácia dos procedimentos no âmbito da REC, o

em [WWW: <URL: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/ECA_principles_for_convergence.pdf>](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/ECA_principles_for_convergence.pdf), ou da autoridade francesa [Consult. 18 Mar. 2010] disponível em WWW: <URL: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf>. Mais informações sobre a ECA no tópico 1.3.

¹⁶⁴ Ver Anexo II – **Exemplos de inquéritos por sectores económicos realizados nos Estados-Membros no período de Maio de 2004 a Abril de 2009**, Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 56-7.

¹⁶⁵ ECN Brief - Issue 1/2010 [Em linha], cit. 124.

¹⁶⁶ “*This development over the last five years is highly appreciated by all network members and is certainly one of the major successes of the ECN. This achievement is widely recognised by the legal and business community which calls, however, for more transparency about ongoing discussions in the network*”, Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 74.

desenvolvimento do processo de efectivação e a uniformização do controlo da concorrência no interior da União Europeia e consequente optimização da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, estão directamente relacionados com os movimentos de uniformização legislativa, e da interpretação e aplicação destas leis. Por esse motivo, os debates na Rede precisam ser dirigidos à construção da estratégia ideal para a continuidade do processo de harmonização: se a convergência deve ser pacientemente esperada como resposta da absorção da cultura comunitária da concorrência pelos Estados-Membros, ou se melhor seria a adopção de normas comunitárias que possibilitem um mínimo de harmonização, ou qualquer outra estratégia eficiente para esse propósito.

2.5) O desempenho da REC demonstrado em números

A REC deve ser entendida como um dos mecanismos lançados pela Reforma de 2004 para promover a uniformização do controlo da concorrência em toda União. Por ser um dos elementos no extenso processo de reforma das regras de execução dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, a Rede erradia seus efeitos no quadro geral da Política da Concorrência da União. Em decorrência disto, este item visa demonstrar as contribuições e dificuldades da REC através dos dados estatísticos gerais da política de aplicação dos artigos concorrenciais do Tratado.

A formulação efectiva do Regulamento n.º 1/2003 e do pacote de modernização que o acompanha teve início, aproximadamente, em Janeiro de 2000. No ano seguinte à publicação do Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos então artigos 85.º e 86.º do Tratado em 1999,¹⁶⁷ a Comissão passou, oficialmente, a dirigir seus trabalhos de acordo com as alterações a serem consolidadas com a legislação de 2004. Portanto, o período de Janeiro de 2000 a Maio de 2004, ocasião da entrada em vigor da legislação reformadora, foi marcado pela actuação da Comissão orientada à Reforma.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ver tópico 2.1 acima; e Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p 11; e PROPOSTA de Regulamento do Conselho, de 27 de Setembro de 2000, relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, cit. 8.

¹⁶⁸ No prefácio do Relatório anual sobre a Política de Concorrência de 2000, o então Comissário da Concorrência Mario Monti manifestou-se sobre o início do período de actuação da Comissão orientada à Reforma: “Na sequência do amplo debate iniciado pelo livro branco de 1999, a Comissão adoptou em 27 de Setembro de 2000 uma proposta de um novo regulamento destinado a substituir o Regulamento n.º 17, de 1962. Creio que esta poderá ser considerada como a principal iniciativa legislativa da Europa no domínio da concorrência desde a adopção do Regulamento das Concentrações em 1989. Regozijo-me particularmente pelo facto de as principais orientações do projecto terem contado com o apoio do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social e terem beneficiado das opiniões de um amplo leque de interessados, incluindo peritos das

Em 1999 (período anterior àquele orientado à Reforma), a Comissão iniciou 388 novos processos de investigação a casos de violação aos artigos 101.º e 102.º do Tratado – domínio “*antitrust*”. Em 2000, este total reduziu-se a 297. Um decréscimo aparentemente negativo, mas, de facto, positivo se considerado um dos principais objectivos da Reforma: utilizar os recursos comunitários detidos pela Comissão aos casos de maior gravidade e de real dimensão comunitária. A partir deste período, 1999-2000, a Comissão passou a restringir os recursos anteriormente destinados ao processamento de notificações no âmbito do sistema centralizado de notificação, com a intenção de forçar organizações e autoridades nacionais da concorrência à análise própria sobre a presença ou não dos critérios do n.º 3 do artigo 101.º na conduta de uma companhia. Em outras palavras, a redução do número de novos casos iniciados pela Comissão entre 1999 e 2000 é positiva porque indica a concentração dos esforços comunitários nos casos mais importantes.¹⁶⁹

Passando ao período pós-reforma, o total de novos casos iniciados pela Comissão decresce ainda mais. Em 2004, o primeiro ano de vigência do Novo Regulamento, nomeadamente, o primeiro ano de trabalhos sem o sistema de notificação central e com a cooperação entre os Estados-Membros dentro da REC, este número resume-se a 158 novos processos, e em 2005, a 105.¹⁷⁰ Dois indícios demonstram que a diminuição do número de casos iniciados pela Comissão é reflexo da disseminação da cultura da concorrência entre os Estados-Membros, e não um possível sinal de mal desempenho do órgão comunitário.

O primeiro diz respeito à diferença notável verificada nos anos 2004 e 2005 entre o número de total de casos que a Comissão iniciou (2004: 158 novos casos; 2005: 105 novos casos) e o número total de processos que encerrou (2004: 391 casos; 2005: 244 casos). O considerável número de processos encerrados (muito maior que o número de iniciados) indica que a nova ordem de competências estabelecida pelo Regulamento n.º 1/2003 e a disseminação da cultura da concorrência através de uma rede de estreita cooperação permitem à Comissão dirigir seus esforços aos casos mais graves com a certeza de que os menos graves também serão investigados e sancionados pelas autoridades da concorrência dos Estados-

autoridades de concorrência dos Estados-Membros e da EFTA, do sector académico e profissional nesta área, bem como do público em geral. Espero que a cooperação frutuosa e o trabalho eficaz com o Parlamento Europeu e o Conselho prossigam e permitam a aprovação da Reforma em 2001”; COMISSÃO EUROPEIA – XXX Relatório sobre a Política de Concorrência 2000: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia - 2000, p. 15.

¹⁶⁹Idem, p. 75-7.

¹⁷⁰ Ver Anexo III: Estatísticas– COMISSÃO EUROPEIA – Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia de 2005 – SEC(2006) 761 final.

Membros,¹⁷¹ e, assim, encerrar os casos mais eficiente e brevemente de modo a diminuir o números dos pendentes.¹⁷²

O outro indício que justifica a segurança da Comissão quanto à aplicação eficiente, e tendente à harmonização, das regras comunitárias da concorrência no âmbito nacional: refere-se aos relatórios sobre a aplicação das regras de concorrência comunitária de 2004 e 2005, e a subsequente *Overview of the Application of the EC Competition Rules by National Courts in 2006*.¹⁷³ Os documentos relatam a adaptação dos regimes nacionais às novas normas comunitárias e o empenho em promover a uniformização do controlo da concorrência em um contexto de cooperação na REC.

Os números analisados até este ponto dizem respeito aos casos processados pela Comissão. Isto ocorre porque o regime anterior não viabilizava a existência de um centro de registo de todos os casos em todos os Estados-Membros assim como o faz o Regulamento n.º 1/2003. Os números 3 e 4 do artigo 11.º do Regulamento estabelecem, respectivamente, o dever das autoridades nacionais de informação à Comissão sobre o início formal de investigações e sobre a tomada de decisões. As informações à Comissão, no entanto, apenas serviriam para a formulação de estatísticas e de medidas gerais de Política de Concorrência, e não teriam efeito prático imediato no processamento dos casos se não fosse a presença de um meio de interacção entre a Comissão e todas as autoridades dos Estados-Membros, através do qual é decidida a melhor estratégia de aplicação do controlo de concorrência no caso concreto, isto é, se não fosse a presença da REC.

Para tanto, o início de procedimentos de investigação e a emissão de decisões devem ser também informados à Rede (incluída a Comissão),¹⁷⁴ formando um quadro geral dos seus números:

¹⁷¹ A actual Política Comunitária da Concorrência não defende a impunidade dos atentados de menor gravidade. Todas as violações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado devem ser penalizadas, seja pela Comissão ou por uma autoridade nacional. No entanto, os recursos comunitários disponíveis para investigações em matéria de concorrência são escassos, por isso devem ser economizados para as infracções de perigo para toda ou grande parte da dimensão do Bloco.

¹⁷² Anexo III, cit. 170.

¹⁷³ COMISSÃO EUROPEIA – Relatório sobre a Política de Concorrência 2004: Parte III; COMISSÃO EUROPEIA – Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: Parte III; EUROPEAN COMMISSION – Overview of the application of the EC competition rules by national courts in 2006 [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2009]. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/eojade/antitrust/nationalcourts/>>.

¹⁷⁴ Ver ítem 2.3.1.

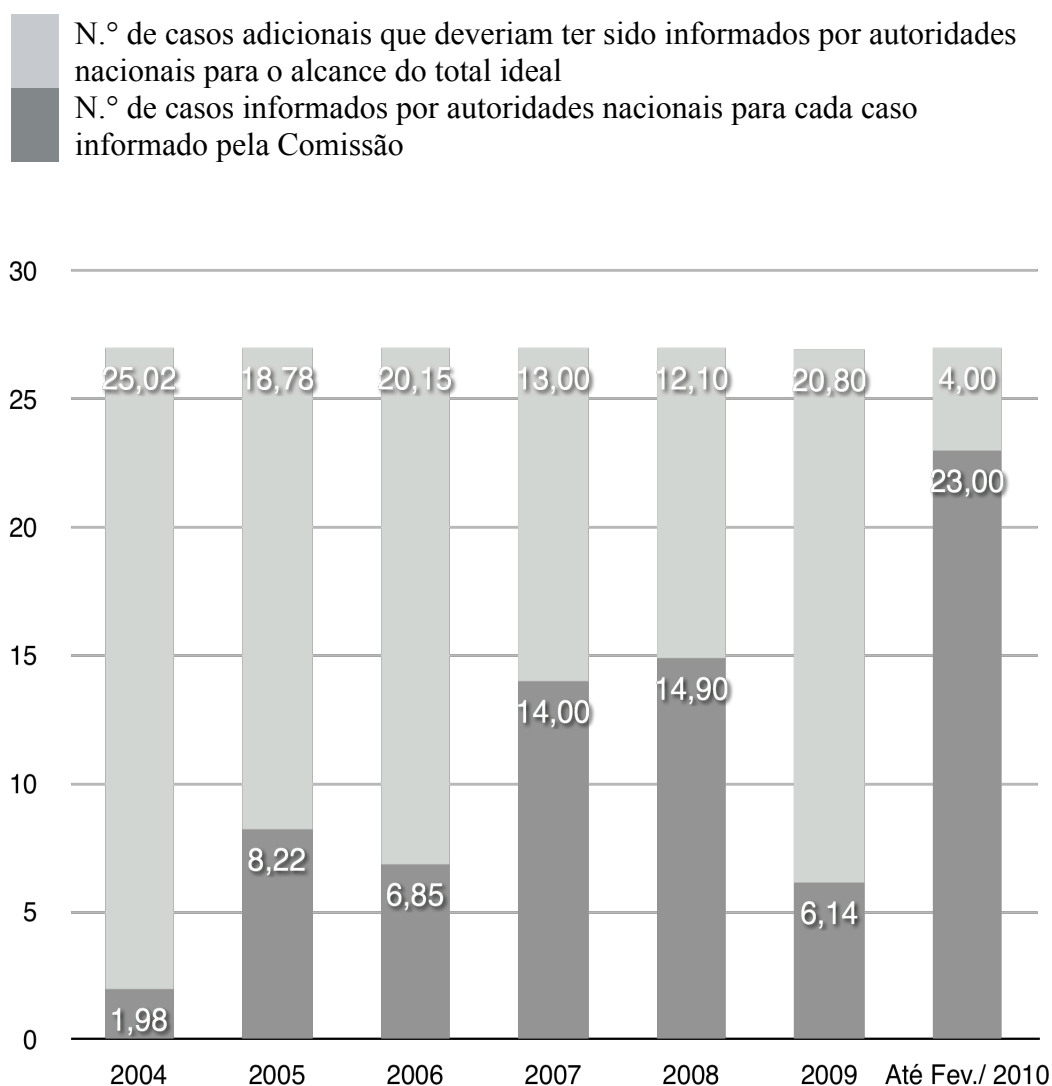
Figura I – A REC em números até Fevereiro de 2010.¹⁷⁵

| | Ano 2004 | Ano 2005 | Ano 2006 | Ano 2007 | Ano 2008 | Ano 2009 | Até Fevereiro de 2010 |
|--|----------|----------|----------|----------|----------|----------|-----------------------|
| Número total de casos de investigação dos quais a REC foi informada | 301 | 203 | 165 | 150 | 159 | 150 | 24 |
| - dos quais, casos informados pela Comissão | 101 | 22 | 21 | 10 | 10 | 21 | 1 |
| - dos quais, casos informados por autoridades nacionais | 200 | 181 | 144 | 140 | 149 | 129 | 23 |
| Casos no quais decisões iminentes de autoridades nacionais foram submetidas a Rede – n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento | 32 | 76 | 64 | 72 | 60 | 70 | 19 |

O quadro acima revela a diferença entre o número de casos informados pela Comissão e o número de casos informados por autoridades nacionais desde a entrada em funcionamento da Rede Europeia da Concorrência. O facto de ser maior o total relacionado com as autoridades nacionais do que aquele relacionado a Comissão não é surpreendente pois esta comparação deve ser feita em uma proporção hipotética – lógica, considerando o número de indivíduos que interferem nos resultados quantitativos finais – de 1 (Comissão) para 27 (Estados-Membros da REC). A questão a ser analisada reside na proporção entre esses dois factores. Uma proporção ideal seria de 27 casos informados por autoridades administrativas para cada 1 caso informado pela Comissão, portanto, o total de casos informados por autoridades deve ser 27 vezes maior que total de casos informados pela Comissão. A seguir, demonstra-se a proporção número de casos informados por autoridades nacionais/ número de casos informados pela Comissão nos últimos anos conforme os dados do quadro apenas apresentado:

¹⁷⁵ European Commission - Competition - European Competition Network - Statistics - 1. Aggregate figures on antitrust cases [Em linha]. [Consult. 24 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>>. Tradução própria.

Figura II - Total de casos informados por autoridades nacionais da concorrência por ano



Os números apresentados no quadro não estão próximos da proporção ideal (número de casos informados por autoridades nacionais 27 vezes maior que o número de casos informados pela Comissão), mas revelam uma proporção aceitável para os primeiros anos da REC em comparação com os números apresentados no item 2.1 acima: entre os anos 1997 e 2004, em média, somente dez decisões de aplicação da legislação comunitária foram tomadas por ano por todas as autoridades nacionais.¹⁷⁶ Os dados do período anterior a REC (entre 1997 e 2004) demonstram a distância que separava as autoridades nacionais dada a ausência de um ambiente de alinhamento de condutas em matéria de aplicação da legislação da concorrência.

¹⁷⁶ Entre a COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros, cit. 25, e a entrada em operação da REC.

Embora, quando graficamente demonstrados, os resultados da actuação dos Estados-Membros pareçam reduzidos, com excepção dos anos 2004 e 2009, as autoridades nacionais mostram a estreita cooperação no sentido de incorporar uma cultura comum da concorrência apresentando números crescentes do total de casos informados à Rede. As proporções dos anos 2004 e 2009 podem ser justificadas com os elevados números de casos informados pela Comissão nesses anos: em 2004, a Comissão informou 101 casos; e em 2009, em comparação com o ano 2008, a Comissão apresenta mais que o dobro do número de casos informados.¹⁷⁷

¹⁷⁷ As figuras I e II revelam indicadores quantitativos do desempenho da REC. Para um melhor entendimento da repercussão da Rede de estreita cooperação em matéria de concorrência entre os Estados-Membros da União, faz-se necessária apreciação complementar de indicadores qualitativos como, por exemplo, o montante em Euros de sanções pecuniárias aplicadas a casos de formação de cartéis em: European Commission - Competition - Cartels - Statistics - 1. CARTEL STATISTICS – situation as of 2010-01-25 [Em linha]. [Consult. 24 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>.

3) A ESTREITA COOPERAÇÃO DENTRO DA REDE EUROPEIA DA CONCORRÊNCIA COMO MEIO DE UNIFORMIZAÇÃO DOS NÍVEIS DE PROTECÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS DOS ACUSADOS NOS ESTADOS-MEMBROS

A vigência simultânea de diversos sistemas processuais e de regimes de investigação e aplicação de sanções no interior da UE significa a existência de diferentes níveis de protecção aos direitos fundamentais dos acusados, nomeadamente, diversidade dos níveis de aplicação do Devido Processo Legal em procedimentos administrativos e processos judiciais em matéria de concorrência. O Devido Processo Legal é um conceito jurídico vasto que abrange um número considerável de direitos e garantias.¹⁷⁸

Na União Europeia, este ideal é reconhecido pelas tradições constitucionais e administrativas dos Estados-Membros, assim como por convenções dos quais os Membros são signatários. A referência histórica do conceito na União é a Convenção de Roma sobre a Protecção dos Direitos do Homem, em seu artigo 6º.¹⁷⁹ O conceito envolve uma série de normas processuais, como o direito de ser informado de forma adequada e oportuna sobre acusações, direito a ampla defesa, no qual inclui-se o direito ao silêncio, o princípio *nullum crimen, nula poena sine praevia lege* – não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, e o princípio *ne bis in idem* – não ser punido mais de uma vez pelo mesmo delito – consagrado no Protocolo 7 da referida Convenção.¹⁸⁰

Até que o processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência na União não atinja as quarta (convergência entre as normas de direito processual), quinta (adopção de um ordenamento substancial e procedimental único), sexta (harmonização dos tipos e níveis da sanções aplicadas em matéria de concorrência nos Estados-Membros), e

¹⁷⁸ Sobre o Devido Processo Legal (*Due Process of Law*) aplicado em procedimentos administrativos e judiciais da concorrência, ver ANDREANGELI, Arianna – EU Competition Enforcement and Human Rights, p. 192-6, e GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K. – International Competition Law Series, p. 397-481.

¹⁷⁹ Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, assinada em 04 de Abril de 1950 em Roma, cit. 125.

¹⁸⁰ ZOLNOWSKI, Adam – Due process and antitrust policy – the right balance, p. 1-2. À época da publicação, Adam Zolnowski era Director Geral do Office for Competition and Consumer Protection em Polónia. Anteriormente Żolnowski foi Director do Market Analysis Department em Polónia, e Chief Executive Officer da Polish Information and Investment Promotion Agency (PAIIZ SA). Actualmente, Adam Zolnowski é Conselheiro superior da Pricewaterhousecoopers Poland. Sobre os direitos inerentes ao Devido Processo Legal aplicáveis a procedimentos administrativos, consultar: LENAERTS, Koen; VANHAMME, Jan – Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process, Common Market Law Review, p. 555 ss.

sétima etapas (adopção uma legislação única para aplicação de sanções em todos os membros), a Rede Europeia da Concorrência é elemento responsável pela manutenção de um patamar mínimo de defesa destes direitos em toda a União.

3.1) Troca de informações e evidências dentro da REC

Trocar informações e evidências recolhidas para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado dentro da Rede Europeia da Concorrência, e efectivamente utilizá-las em processamentos contra comportamentos anti-concorrenciais, é um poder detido por todas as autoridades responsáveis em matéria de concorrência, assim como representa condição prévia para uma atribuição de casos e tratamento eficiente e eficaz dos processos.¹⁸¹ Estes trocas, contudo, revelam-se como uma face problemática da cooperação entre os Estados-Membros em decorrência dos diferentes níveis de protecção do Devido Processo Legal, e da diversidade da natureza das sanções impostas às violações à concorrência, se administrativa ou criminal. No que se refere à penalização de pessoas singulares, há Estados-Membros que prevêm sanções criminais enquanto outros Membros adoptam penalizações administrativas às condutas anti-concorrenciais, o que representa grande diferença nos efeitos da pena a serem suportados após a transferência de informações.¹⁸²

O n.º 4 do artigo 11.º e o artigo 12.º ambos do Regulamento n.º 1/2003 instauram a troca oficial de informações, inclusive as confidenciais, entre os membros da REC no intuito de desvendar elementos de facto e de direito relativos às pessoas físicas ou jurídicas processadas, capazes de servirem como meio de prova, mas garantido o respeito aos direitos e garantias dos acusados. O artigo 11.º institui tanto a transmissão obrigatória de um resumo do processo das autoridades nacionais para a Comissão, quanto a troca de informações entre as autoridades dos Estados-Membros.

Ao longo do artigo 12.º, o Regulamento revela claramente a preocupação com a salvaguarda aos direitos e garantias dos investigados ameaçados pelo mecanismo de troca de dados na Rede. Primeiramente, o n.º 2 restringe o uso de informações trocadas para fins alheios aos relativos à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado ou das legislações nacionais equivalentes:

¹⁸¹ Comunicação sobre a cooperação na REC, cit. 26, parágrafo 26.

¹⁸² A nível comunitário, em Alemanha e Áustria (com excepção do concurso de práticas colusivas), Bélgica, Espanha, Finlândia, Itália, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia as sanções possuem natureza administrativas; em Dinamarca, Irlanda e Luxemburgo são de natureza criminal; enquanto em França e Grécia as sanções apresentam uma combinação entre as duas formas; EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit 32, p. 197-9.

As informações trocadas só devem ser utilizadas como meios de prova para efeitos de aplicação dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado em relação à questão para as quais foram recolhidas pela autoridade transmissora. Todavia, sempre que a legislação nacional em matéria de concorrência for aplicada no mesmo processo, em paralelo com o direito comunitário da concorrência e não conduzir a um resultado diferente, as informações comunicadas nos termos do presente artigo podem ser também utilizadas para aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência.

O n.º 3 do artigo 12.º do Regulamento trata da salvaguarda dos direitos e garantias de pessoas físicas acusadas de comportamento anti-concorrencial. A concessão de informações para Estados-Membros que prevêem pena privativa de liberdade ou sanção pecuniária a pessoas singulares é uma das preocupações centrais emergentes da cooperação na REC, e por esse motivo discutida desde a fase de elaboração da Reforma:¹⁸³

It is clear therefore that the system of exchange of information contained in Article 12 of the draft regulation can lead to serious discussion as to the compatibility of its implementation in certain cases with fundamental rights. This will be so in particular if employees face jail sentences as a result of information in infringement of fundamental rights in other Member States.

Atendendo às reivindicações nesse sentido, o n.º 3 do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 dispõe um princípio elementar para qualquer troca de meios de prova contra pessoa singular entre os membros da Rede, transcrito na alínea c), do parágrafo 28 da Comunicação sobre a Cooperação na REC:¹⁸⁴

O n.º 3 do artigo 12.º do Regulamento do Conselho assegura que as informações recolhidas junto de empresas não podem ser utilizadas de forma a afectar o elevado nível de protecção das pessoas singulares. Esta disposição impede a aplicação de sanções a pessoas singulares, com base nas informações trocadas nos termos do Regulamento do Conselho, quando as leis das autoridades transmissoras e das autoridades receptoras não previrem sanções semelhantes para as pessoas singulares, a não ser que os direitos da pessoa singular em causa, no tocante à recolha de provas, tenham sido respeitados pela autoridade transmissora a um nível idêntico ao garantido pela autoridade receptora.

Respeitadas as limitações impostas pelo artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 para a garantia dos direitos e defesa das pessoas jurídicas e singulares, verifica-se a plena legalidade da transmissão de dados entre autoridades da concorrência. O trânsito fluente de informações dentro da REC permite que os recursos de todos os Estados-Membros estejam simultaneamente à disposição do processamento das violações à concorrência em toda a extensão geográfica da União. Ao fim, a autoridade melhor posicionada nos termos do Regulamento n.º 1/2003 e da Comunicação sobre a cooperação na REC assume a responsabilidade sobre o caso para garantir um certo nível de segurança jurídica quanto às

¹⁸³ EHLERMANN, Claus Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2000, cit. 56, p. 475.

¹⁸⁴ A Comunicação sobre a cooperação da REC dedica uma secção (2.2.3 – parágrafos 26, 27 e 28) para o esclarecimento do mecanismo de intercâmbio e utilização de informações confidenciais.

normas processuais e de aplicação de sanção que incidirão, sem precisar abdicar dos resultados das demais autoridades.

A via de livre intercâmbio de opiniões e partilha de experiências entre os membros da Rede é componente fundamental para o seu sucesso. No entanto, os membros somente estão autorizados a trocar dados confidenciais se compartilharem a mesma opinião pertinente à natureza sigilosa ou não dos dados transmitidos. A esse respeito, a divulgação de informações para qualquer ente exterior à Rede não é, em hipótese alguma, aceitável, dada a incerteza em relação à manutenção do sigilo.¹⁸⁵

A divulgação de informações trocadas dentro da Rede para o meio externo é expressamente proibida pelos artigos 27.º e 28.º do Regulamento.¹⁸⁶ O artigo 27.º zela pela aplicação de algumas facetas do Devido Processo Legal como o direito dos acusados ao acesso a qualquer documento ou informação arrolados ao processo, e a se manifestar a respeito destes, e destaca a protecção ao sigilo dos segredos comerciais das companhias envolvidas: “2. Os direitos da defesa das partes interessadas serão plenamente acautelados no desenrolar do processo. As partes têm direito a consultar o processo em poder da Comissão, sob reserva do interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos comerciais”.

O artigo 28.º ocupa-se do dever de sigilo imposto à Comissão, às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, aos seus funcionários, agentes e outras pessoas que trabalhem sob a supervisão dessas autoridades.¹⁸⁷ É o chamado sigilo profissional, um conceito de direito comunitário que “inclui, nomeadamente, os segredos comerciais e outras informações confidenciais”.¹⁸⁸ Todas as informações colectadas dentro da Rede e, conseqüentemente, nos termos do Regulamento n.º 1/2003 são protegidas pelo dever de sigilo dos profissionais das entidades administrativas e judiciais, comunitárias e nacionais, em matéria de concorrência.¹⁸⁹

O sigilo profissional tem amparo no artigo 339.º (antigo artigo 287.º) do Tratado, e não é limitado aos segredos comerciais das empresas, abrange também os documentos internos da

¹⁸⁵ DEKEYSER, Kris; JASPERS, Maria – A New Era of ECN Cooperation: Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field, p. 10.

¹⁸⁶ Os artigos compõem o Capítulo VIII - Audições e Segredo Profissional.

¹⁸⁷ Importante distinguir que nesse ponto refere-se ao Dever de Sigilo Profissional e não ao Direito ao Sigilo de Informações Profissionais que gozam os documentos em posse de profissionais liberais representantes de terceiros (Legal Professional Privilege), a exemplo de documentos detidos por consultores jurídicos e advogados: “Accordingly, the Commission had not initially acknowledge the existence of legal professional privilege in Community law, but had decided not to use as evidence of infringement of Community antitrust rules certain papers written with a view to seeking or giving opinions on points of law to be observed, or relating to the preparation or planning of the defence of a firm”; GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K., cit. 178, p. 78.

¹⁸⁸ Alínea a) do parágrafo 28 da Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit. 26.

¹⁸⁹ Sobre o tema ver GAUER, Céline, cit. 147, p. 11-8.

administração produzidos no curso das investigações. Todavia, em matéria de concorrência, os interesses comerciais das organizações não podem ser alegados como escusa para o não cumprimento dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.¹⁹⁰ Destaca o documento comunitário:¹⁹¹

Os membros das instituições da União, os membros dos Comitês, bem como os funcionários e agentes da União são obrigados, mesmo após a cessação das suas funções, a não divulgar as informações que, por sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional, designadamente as respeitantes às empresas e respectivas relações comerciais ou elementos dos seus preços de custo.

A interação dentro da REC no sentido de colectar meios de provas em todos os Estados-Membros deve ser executada em estrito sigilo. O intercâmbio de dados no âmbito interno da Rede não é violador do dever de sigilo profissional pois a União Europeia é vista como uma unidade de mercado dividida em jurisdições por fronteiras políticas que delimitam os Estados-Membros. Além disso, as autoridades da concorrência de todos os Membros são encarregadas pela ordem jurídica de instaurar o processamento contra violações à ordem de mercado e todas as outras passíveis de distorcer a concorrência em qualquer ponto do Mercado Comum.

A organização empresarial que estabelece actividade em um Estado-Membro é ciente que exerce, de facto, actividade dentro do Mercado Comum, e diante dos princípios de estrita cooperação económica entre os Membros desse mercado, a empresa aceita tacitamente que as informações a seu respeito detidas por um Estado-Membro, entendidas como de extrema relevância económico-financeira para o quadro concorrencial na União, serão compartilhadas entre todas as entidades da unidade “Mercado Comum”, é dizer, entre os agentes administrativos e judiciais responsáveis por sua regulação.

O dever de sigilo profissional é estendido aos tribunais nacionais. Apesar de não serem membros da Rede, como discutido nos capítulos anteriores, os agentes judiciais nacionais são importantes cooperadores da REC em seu ideal uniformizador do controlo da concorrência na União. Isto porque em virtude do artigo 3.º do Tratado da União Europeia,¹⁹² há entre Comissão e tribunais nacionais, na mesma medida que entre Comissão e autoridades administrativas nacionais da concorrência, um dever recíproco de estrita e sincera cooperação que, complementado pelo dever de confidencialidade previsto no artigo 339.º do Tratado

¹⁹⁰ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância: Bank Austria Creditanstalt AG v Commission, de 30 de Maio de 2006, processo T-198/03, J.O. [2006] n.º 178/57, parágrafo 29.

¹⁹¹ Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 9 de Maio de 2008, cit. 1.

¹⁹² Ver cit. 51.

também incidente sobre os membros dos judiciários, que permite a troca de informações confidenciais entre o âmbito comunitário o judiciário nacional.¹⁹³

O mecanismo de envio e recebimento de evidências e informações dentro da Rede respeita os direitos dos acusados também em sua vertente direito a ampla defesa. As companhias e pessoas singulares gozam de acesso aos dados relativos ao trânsito de informações, documentos, autos de inspeções a seu respeito, assegurada a garantia de manifestação. Em 1986, no caso *AKZO v. Commission*, o Tribunal de Justiça da União Europeia impediu a transmissão de documentos cobertos pelo direito ao sigilo profissional em posse da Comissão para as autoridades da concorrência no Reino Unido, pois não foi dada às organizações acusadas a oportunidade de manifestação quanto à transferência de dados, e determinou o retorno dos documentos à Comissão de forma que foram impedidos de serem utilizados como evidência na esfera nacional.¹⁹⁴

Mesmo diante de tantas garantias definidas por lei, há posicionamentos que afirmam o desrespeito à ampla defesa no sistema de transmissão de informações entre as autoridades da concorrência. As críticas baseiam-se na inexistência de uma decisão de transmissão de informações confidenciais passível de contestação/ revisão perante uma entidade com poder jurisdicional.¹⁹⁵ Em outras palavras, os acusados que têm informações a seu respeito transmitidas pelas autoridades da concorrência não dispõem de oportunidade para manifestação contra a transmissão antes que ela aconteça, somente após a transmissão na jurisdição da autoridade receptora. As contraposições ao envio de informações sem decisão que a notifiquem defendem que é incontestável o dever da Comissão de “basear as suas decisões apenas em acusações sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de apresentar as suas observações”,¹⁹⁶ dever esse que se estende às autoridades nacionais.

Para tanto, basta que a autoridade receptora de dados sigilosos ofereça oportunidade de defesa após a fase de instrução. Não há justificativa para que a autoridade concessora notifique previamente a transmissão, pois a REC transforma as autoridades da concorrência em meras extensões umas das outras (“A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência aplicam as regras comunitárias de concorrência em

¹⁹³ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância: *Postbank v. Commission*, de 18 de Setembro de 1996, processo T-353/94, [1996] Colectânea n.º II-921, parágrafos 62-65; ver KORAH, Valentine, cit. 2, p. 257. Ver também artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5.

¹⁹⁴ *Akzo Chemie BV and Akzo Chemie UK Ltda v. Commission*, de 24 de Junho de 1986, processo 53/85, [1996] Colectânea n.º 1965, parágrafos 26-30.

¹⁹⁵ GAUER, Céline, cit. 147, p. 12.

¹⁹⁶ Regulamento n.º 1/2003, cit. 5, n.º 1 do artigo 27.º

estreita cooperação”),¹⁹⁷ bastando para o respeito aos direitos de defesa que a autoridade receptora de dados sigilosos ofereça oportunidade de defesa ao término da fase de instrução. De qualquer forma, ao final de todo o procedimento administrativo, aos acusados sempre cabe a prerrogativa de recorrer aos tribunais comunitários no intuito de ver revisada uma imposição pena, ocasião na qual haverá o questionamento sobre a legalidade da produção e uso dos meios de prova em sede administrativa.

A divulgação às partes de que informações detidas por uma autoridade da concorrência serão transmitidas a uma autoridade em outro Estado-Membro pode levar organizações e pessoas singulares investigadas a deturparem os procedimentos de investigação conseguintes às transmissões. O recebimento de dados e evidências de outras autoridades por meio da Rede é apenas um dos passos dos procedimentos investigatórios que, na maioria das vezes, é tomado na fase instrutória inicial e, portanto, exige medidas complementares que podem ter seus resultados afectados pela interferência dos acusados em ânimo de defesa.¹⁹⁸

No mesmo sentido, o n.º 2 do artigo 27.º do Regulamento veda a consulta pelos acusados às correspondências internas entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros, e entre essas últimas. O fluxo de informações dentro da Rede não pode atentar contra o Devido Processo Legal, mas também não pode deixar de servir a função principal da estreita cooperação: promover uniformidade e coerência no controlo da concorrência ao longo de toda a União. Por esse motivo, a jurisprudência comunitária dispensa uma categoria mais rigorosa de sigilo profissional aos documentos administrativos internos produzidos no curso das trocas de informações entre autoridades da concorrência. Documentos dessa natureza não são abertos à consulta dos acusados, a não ser que consistam em novas evidências e contenham informações de defesa ou incriminatória às partes. Novas evidências e informações essenciais à defesa devem ser trocadas entre os membros da Rede nos moldes do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003, portanto, são disponíveis aos acusados.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Idem, n.º 1 do artigo 11.º. Ver também Considerando (16) do Regulamento n.º 1/2003, e parágrafo 12 da Comunicação sobre a cooperação na REC, cit. 26.

¹⁹⁸ Consultar “*No Right of Access to Court in each Stage of Procedure*”, DIJK, Pieter van; HOOF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo eds., cit. 111, p. 567-8.

¹⁹⁹ DEKEYSER, Kris; JASPERS, Maria, cit. 185, p. 10. Ver também cit. 193. Regulamento n.º 1/2003, artigo 12.º: “Intercâmbio de informações. 1. Para efeitos da aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem comunicar entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais. 2. As informações trocadas só devem ser utilizadas como meios de prova para efeitos de aplicação dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado em relação à questão para as quais foram recolhidas pela autoridade transmissora. Todavia, sempre que a legislação nacional em matéria de concorrência for aplicada no mesmo processo, em paralelo com o direito comunitário da concorrência e não conduzir a um resultado diferente, as informações comunicadas nos termos do presente artigo podem ser também utilizadas para aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência. 3. As informações trocadas nos termos do n.º 1 só podem ser utilizadas como meios de prova para

Anotações e observações específicas transmitidas dentro da REC como instrumento de maior efectividade das investigações, desde que ainda não apresentem resultados concretos, favoráveis ou desfavoráveis aos acusados, não atentam contra o direito a ampla defesa e reforçam o alinhamento e trabalho conjunto entre as autoridades da concorrência. Exemplo de informações consideradas internas à Rede e que por isso não ensejam publicação ou direito de manifestação dos acusados são os pareceres de especialistas não integrantes das entidades responsáveis em matéria de concorrência (nomeadamente, economistas). No caso *General Electric v. Commission*,²⁰⁰ o Tribunal Geral declarou que o recurso a profissionais especializados para comentar sobre as evidências de natureza económica, não representa prova cabal ou alteração de conteúdo à acusação ou à defesa, uma vez que não podem ser a peça substancial de embasamento de uma decisão de imposição de sanção.²⁰¹

O Considerando (32) do Regulamento n.º 1/2003 reúne os três elementos primordiais do sistema de fluxo de informações e evidências entre os membros da REC: o amparo ao direito de acesso aos autos dos processos; sigilo de informações imprescindíveis à efectividade das investigações, trocadas internamente à Rede, até a decisão administrativa final; e o dever de sigilo profissional das entidades responsáveis em matéria de concorrência e seus integrantes:

As empresas interessadas devem ter direito a ser ouvidas pela Comissão, os terceiros cujos interesses possam ser afectados por uma decisão devem poder apresentar observações prévias e as decisões aprovadas devem ser amplamente publicitadas. Embora assegurando os direitos da defesa das empresas em causa, nomeadamente o direito de acesso ao processo, é indispensável proteger os segredos comerciais. Além disso, é necessário garantir a protecção da confidencialidade das informações trocadas no âmbito da rede.

Diante de tantas garantias, a Rede Europeia da Concorrência acaba por gerar um alto grau de fiabilidade aos seus membros, levando-os a interagir de forma aberta e transparente em relação a suas comunicações internas. A combinação de transparência interna e protecção contra a divulgação fora da Rede permite o compartilhamento mais intenso de experiências e

impor sanções a pessoas singulares quando: — a legislação da autoridade transmissora estabelecer sanções semelhantes para a infracção aos artigos 81.º ou 82.º do Tratado ou, na sua ausência, — estas informações tiverem sido recolhidas de uma forma que respeite um nível de protecção dos direitos de defesa das pessoas singulares idêntico ao previsto nas regras nacionais da autoridade receptora. Todavia, neste caso, as informações trocadas não podem ser utilizadas pela autoridade receptora para impor penas privativas da liberdade”.

²⁰⁰ *General Electric v. Commission*, de 14 de Dezembro de 2005, processo T-210/01, J.O. [2006] n.º 48/49, parágrafos 666-676. Ver também *Cimenteries v. Commission*, decisão do Tribunal de Primeira Instância, de 15 de Março de 2000, processos reunidos T-25/95, T-26/95, T-30/95, etc., [2000] Colectânea n.º II-491, parágrafo 383.

²⁰¹ DEKEYSER, Kris; JASPERS, Maria, cit. 185, p. 10. Ao tempo da emissão do acórdão referido neste parágrafo o Tribunal Geral era ainda denominado Tribunal de Primeira Instância. A alteração ocorreu com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, cit. 1, p. TL/pt54: ARTIGO 2.º [...] A. ALTERAÇÕES HORIZONTAIS 2) Em todo o Tratado: [...] n) Os termos "Tribunal de Primeira Instância" são substituídos por "Tribunal Geral".

conhecimentos sobre sectores de mercado, ganho de eficiência na aplicação dos recursos nacionais e comunitários e na colecta de meios de prova, na mesma medida que protege suficientemente os direitos e garantias processuais e substantivos dos acusados.²⁰²

3.1.1) O intercâmbio de informações decorrentes de Inquéritos por Sectores ou Categorias de Acordos executados dentro da REC

A produção de inquéritos por sectores económicos é mais uma ferramenta essencial ao controlo da concorrência no interior da UE viabilizada pela Rede Europeia da Concorrência. Os inquéritos significam um maior alcance para agir em áreas vitais para os cidadãos europeus, onde as informações de mercado sugerem não haver um nível de concorrência adequado. A Comissão e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência nos Estados-Membros utilizam este instrumento para ampliar seus conhecimentos sobre um sector, com vista à melhor identificação das principais deficiências causadas pelos agentes de mercado. Os inquéritos são passos em direcção à descoberta de atentados à concorrência e de evidências empíricas úteis na revisão dos quadros regulamentares sectoriais.²⁰³

Como importante fonte de produção de informações e intercâmbio de experiências entre as autoridades da concorrência, esta ferramenta deve ser incluída nas discussões sobre trocas de informações dentro da Rede. Considerando serem os mercados nacionais partes do Mercado Comum não delimitadas por fronteiras, em decorrência de que as companhias têm a liberdade de estenderem suas actividades a todos os Estados-Membros como se estivessem actuando em um só mercado, as autoridades nacionais e a Comissão não possuem outra alternativa senão trabalharem conjuntamente nas investigações aos sectores económicos e a determinados tipos de acordos e práticas concertadas.

O artigo 17.º do Regulamento n.º 1/2003 determina que “Sempre que a evolução das trocas comerciais entre os Estados-Membros, a rigidez dos preços ou outras circunstâncias fizerem presumir que a concorrência no mercado comum pode ser restringida ou distorcida, a Comissão pode realizar um inquérito a determinado sector da economia ou a determinado tipo de acordos em vários sectores da economia”.

²⁰² MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 66.

²⁰³ Até Abril de 2010, nenhum Inquérito por Tipo de Acordo foi realizado. Contudo, a realização de Inquéritos por sectores económicos foram realizados continuamente pela a Comissão e autoridades nacionais da concorrência. Os Inquéritos Sectoriais realizados pela Comissão até a referida data foram: aos meios de comunicação social, mercado de fornecimento de gás e electricidade, retail banking, mercado de seguros, e sector farmacêutico; ver COMMISSION Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 22. Para os inquéritos realizados pelas autoridades nacionais, ver Anexo II.

Embora a Comunicação sobre a cooperação na REC não disponha parágrafos específicos para a regulamentação do trabalho conjunto entre as autoridades da concorrência dos Estados-Membros e a Comissão na promoção de investigações a sectores económicos ou categoria de acordos, o artigo 17.º do Regulamento n.º 1/2003 introduz os demais institutos do “Capítulo V - **Poderes de Inquérito**” que, por sua vez, são expressamente regulamentados pela Comunicação sobre a cooperação na REC, nomeadamente, o Pedido de Informações às empresas (artigo 18.º), Registo de Declarações de pessoas singulares ou colectivas (artigo 19.º), e a realização de inspecções pela Comissão ou pelas autoridades dos Estados-Membros em matéria de concorrência (artigos 20.º, 21.º e 22.º).

A Comunicação sobre a cooperação na REC dispõe sobre o trabalho conjunto entre os membros da Rede “relativamente aos casos em que se considera necessário proceder a um inquérito”:²⁰⁴

O regulamento do Conselho baseia-se num sistema de competências paralelas em que todas as autoridades responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar os artigos 81.º ou 82.º do Tratado e são responsáveis por uma repartição do trabalho eficiente relativamente aos casos em que se considera necessário proceder a um inquérito.

A Comunicação apresenta o termo “inquérito” no sentido de investigação, e já que seu objectivo elementar é descrever o *modus operandi* do trabalho conjunto entre as autoridades administrativas em matéria de concorrência em prol do controlo uniforme da concorrência no Mercado Comum, pode-se afirmar que os artigos e parágrafos regulamentadores da cooperação para as investigações de uma determinada prática concertada também aplicam-se às investigações de sectores económicos e espécies de práticas concertadas.

As informações produzidas a partir dos inquéritos são comuns a todos os membros da Rede e funcionam como meio de prova contra os atentados já descobertos e contra futuras práticas que venham a alterar negativamente um quadro concorrencial descrito por meio de inquérito. O compartilhamento desses dados, assim como a troca de informações entre as autoridades administrativas da concorrência sob o processamento de um caso, não pode ser julgado violador do dever de sigilo profissional das entidades da concorrência e seus colaboradores, pois deve ser conduzido sob o dever de sigilo profissional diante dos agentes externos à Rede.²⁰⁵ Entre Maio de 2004 e Abril de 2010, analisando o combate a cartéis, uma das práticas anti-competitivas reconhecidas como das mais perniciosas às regras de

²⁰⁴ Comunicação sobre a cooperação na REC, cit. 26, parágrafo 5.

²⁰⁵ Em um outro entendimento, pode-se até mesmo considerar que as informações colectadas através de inquéritos de sectores não são transmitidas de uma autoridade a outra, mas sim pertencem a todas as autoridades simultaneamente. Os dados são, portanto, armazenados na qualidade de “dados da REC” e não como dados constatados por uma autoridade a serem transferidos para as demais.

concorrência da União Europeia, foram perseguidos cerca de 90 casos pelos membros da REC trabalhando em cooperação, das quais 33 decisões foram adoptadas pela Comissão, e mais de 50 pelas autoridades nacionais.²⁰⁶

Os inquéritos representam o centro do controlo activo da concorrência na União. Um controlo passivo, baseado somente no Programa de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante e na denúncia de terceiros interessados, e um controlo preventivo na forma de uma legislação formal e materialmente eficaz, não seriam suficiente para sanar tanto as violações existentes como aquelas susceptíveis de implantação. Um controlo efectivo da concorrência deve ser passivo, activo e preventivo, de forma que as violações à concorrência não sejam sequer postas em prática, e caso sejam, para que não atinjam sua capacidade máxima de distorção da concorrência.²⁰⁷

3.1.2) Fluxo de informações colectadas conjuntamente entre os membros da REC no exercício de seus Poderes de Inquérito

O artigo 17.º do Regulamento n.º 1/2003 introduz os diversos poderes de inquérito/investigação da Comissão e das autoridades nacionais em matéria de concorrência. Os demais dispositivos do Capítulo V do Regulamento são aplicados às investigações a um determinado acordo ou no processo de elaboração de Inquéritos por Sectores ou Categorias de Acordos. Por meio destes poderes, os recursos de todos os membros da Rede são postos a serviço de qualquer investigação em matéria de concorrência ao longo do espaço comunitário.²⁰⁸

O Regulamento do Conselho prevê que uma ANC possa pedir assistência a outra ANC para que esta recolha informações em seu nome. Uma ANC pode pedir a outra ANC que proceda a medidas de apuramento dos factos em seu nome. O artigo 12.º do Regulamento do Conselho confere à ANC que presta assistência poderes para transmitir as informações recolhidas à ANC que solicitou a assistência. O intercâmbio de informações entre as ANC e a utilização dessas informações como meio de prova pela ANC que as solicitou efectuar-se-ão em conformidade

²⁰⁶ A maioria das decisões relativas a cratéis foram aprovada em Alemanha, França, Grécia, Itália e Países Baixos; COMMISSION Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 57.

²⁰⁷ O Programa de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante será o objecto de estudo do tópico seguinte. O controlo passivo é aqui referido como sinónimo de uma política eficaz de processamento de denúncias (por entes envolvidos nas práticas ou terceiros prejudicados); controlo activo, como dinâmica de combate célere, efectiva e uniforme em todo os Mercado Comum; e controlo preventivo, como mecanismo para minar as possibilidades de interações comerciais anti-competitivas. Corroborando com a opinião de que o controlo passivo só é activado caso as companhias sintam-se suficientemente intimidadas pelos controlos activo e preventivo, afirma WILS, Wouter P. J. – Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement, 2008, p. 2-3: “Indeed, leniency can work only if cartel participants perceive a risk that the competition authorities may detect the antitrust violation without recourse to leniency”. A denúncia por terceiros tem, em regra, o interesse de pôr fim a violação que sofrem para que possam desfrutar de um nível adequado de concorrência no mercado, assim como para que, após comprovada a violação, reclamem por indemnização na esfera litigiosa privada; ver WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 62 ss.

²⁰⁸ Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit. 26., parágrafo 29. ANC – autoridades responsáveis em matéria dos Estados-Membros; idem, parágrafo 1.

com o artigo 12.º do Regulamento do Conselho. Quando uma ANC age em nome de outra ANC, age segundo as suas próprias regras processuais a ao abrigo dos seus próprios poderes de investigação.

Os Poderes de Inquérito estabelecidos no Regulamento n.º 1/2003 são válidos para as autoridades nacionais da concorrência somente se actuam simultaneamente com a Comissão.²⁰⁹ Nesse caso, os investigadores nacionais possuem os mesmos poderes que os investigadores comunitários previstos nos artigos 20.º (Poderes da Comissão em matéria de inspecção) e 21.º (Inspeção de outras instalações), conforme a lógica do n.º 5 do artigo 20.º:

Os funcionários da autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção, ou os agentes mandatados por essa autoridade, devem, a pedido desta ou da Comissão, prestar assistência activa aos funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão. Dispõem, para o efeito, dos poderes definidos no n.º 2.

Nas hipóteses do artigo 22.º do Regulamento (Investigações efectuadas pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência), de acordo com as quais as autoridades dos Estados-Membros em matéria de concorrência procedem às medidas de inquérito por conta própria, por conta de outra autoridade nacional de concorrência, ou a pedido da Comissão, os inspectores nacionais são dotados dos poderes previstos nas legislações nacionais e não, como se poderia concluir, de poderes análogos aos da Comissão previstos no artigo 20.º e 21.º do Regulamento.²¹⁰ As informações colectadas em sede de inquéritos às companhias acusadas, à semelhança dos dados colectados com os Inquéritos por Sectores Económicos ou Tipos de Acordos, são plenamente dotadas de legalidade, uma vez que devem ser transmitidas nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 e por isso passíveis de contraposição quanto ao exercício do Devido Processo Legal.

O âmbito comunitário exige que as legislações nacionais dotem suas autoridades da concorrência de poderes de inquérito sem impor uniformização legislativa nesse sentido.

²⁰⁹ WILS, Wouter P. J., 2008, cit. 207, p. 6. Mais informações obre o tema em KORAH, Valentine, cit. 2, p. 258-268. Ver também: Comunicação sobre a cooperação na REC. cit. 26, parágrafo 30.

²¹⁰ Idem, p. 7. Regulamento n.º 1/2003, artigo 22.º: “Investigações efectuadas pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. 1. A autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode proceder, no seu território, a qualquer inspecção ou outra medida de inquérito em aplicação da respectiva legislação nacional em nome e por conta da autoridade de outro Estado-Membro responsável em matéria de concorrência a fim de determinar a existência de uma infracção aos artigos 81.º ou 82.º do Tratado. Qualquer intercâmbio ou utilização das informações obtidas devem ser realizados nos termos do artigo 12.º do presente regulamento. 2. A pedido da Comissão, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência procedem às inspecções que a Comissão considerar necessárias nos termos do n.º 1 do artigo 20.º ou que tenha ordenado mediante decisão tomada nos termos do n.º 4 do artigo 20.º. Os funcionários das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspecções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respectiva legislação. A pedido da Comissão ou da autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção, os funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão podem prestar assistência aos agentes da autoridade em causa”.

Trata-se de um tema na esfera processual, como já discutido, não uniformizada com a Reforma de 2004. Não houve uniformização legislativa, mas a REC possibilita a implantação de um patamar mínimo de poderes que deve ser concedido às autoridades administrativas nacionais. Esse patamar têm como referência os princípios da eficácia e da equivalência, princípios gerais do direito comunitário aplicáveis a todos os casos em que o direito comunitário confere aos Estados-Membros competência para aplicação de legislação comunitária.²¹¹

A cooperação na execução de investigações ocorre nos moldes do sistema de competências paralelas e sistema vertical de competências presentes na Rede. Em coerência com o sistema de competências paralelas não há obrigatoriedade das autoridades administrativas da concorrência de assistirem umas às outras. Regulamento n.º 1/2003 e Comunicação da REC instituem somente a disponibilidade dos recursos físicos e humanos de cada autoridade para as demais de todos os Estados-Membros. Por ocuparem o mesmo nível hierárquico, as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência não são impelidas a cooperarem na promoção de inquéritos e transferência de informações a pedido de outras autoridades, há somente o dever de solidariedade consolidado sob a vigência do artigo 10.º do Tratado de Roma, actualmente, artigo 3.º do Tratado da União Europeia.²¹²

Na esfera do sistema vertical de competências, há a obrigatoriedade de atendimento às solicitações da Comissão quanto às medidas de inquérito. Conforme o n.º 5 do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, o pedido de assistência da Comissão às autoridades nacionais pode partir do âmbito nacional ou do comunitário, no entanto, o segundo caso consiste, de facto, em uma exigência. A recusa e a negligência de um Estado-Membro em cooperar com investigações promovidas pela Comissão podem ser contestadas perante o Tribunal de Justiça da União Europeia com abrigo no artigo 258.º do Tratado.²¹³ A única possibilidade de oposição por parte das autoridades dos Estados-Membros às actividades de inquérito da Comissão consiste na substituição das medidas que seriam tomadas de acordo com

²¹¹ Ver acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia: *Commission v. Greece*, de 21 de Setembro de 1989, processo 68/88, [1989] Colectânea n.º 2965, parágrafos 23-25; *Commission v. Ireland*, de 18 de Outubro de 2001, processo C-354/99, [2001] Colectânea n.º I-7657, parágrafo 46.

²¹² WILS, Wouter P. J., 2008, cit. 207, p. 12. Ver cit. 50.

²¹³ Ex-artigo 226.º do Tratado, cit. 1: “Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia”.

determinações comunitárias por medidas nacionais igualmente eficazes e equivalentes às medidas da aplicação da legislação comunitária.²¹⁴

Logicamente, em função da paridade hierárquica entre os Estados-Membros, uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência pode recusar o pedido de realização de investigações por conta e outra autoridade. Uma recusa não fundamentada está, entretanto, sujeita, da mesma forma que uma recusa a solicitações da Comissão, a ser reclamada perante o Tribunal de Justiça com base no artigo 3.º do Tratado da União Europeia.²¹⁵ O recurso pode partir do Estado-Membro que sofreu a rejeição, sob o amparo do artigo 259.º do Tratado; ou da Comissão no exercício de sua função de entidade fiscalizadora do atendimento aos deveres comunitários por parte dos Estados-Membros, com fundamento nos artigos 258.º e 260.º do Tratado.²¹⁶

A persistência em rejeitar a execução de medidas de investigação a pedido de outro Estado-Membro ou da Comissão enseja possibilidade de sanção pecuniária ao Estado-Membro não cooperativo. A sanção pode ser determinada ou proporcional ao tempo que suas autoridades solicitadas resistirem à execução das solicitações. Mesmo depois do recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia sob a égide do artigo 258.º do Tratado, a Comissão pode apelar novamente ao Tribunal Comunitário e requerer a aplicação do previsto no n.º 2 do artigo 260.º do Tratado:²¹⁷

Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da

²¹⁴ WILS, Wouter P. J., 2008, cit. 207, p. 7. Ver também: n.º 6 do artigo 18.º e n.º 6 do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, cit. 5; e item 2.2 sobre o princípio da subsidiariedade.

²¹⁵ Ver cit. 50.

²¹⁶ WILS, Wouter P. J., 2008, cit. 207, p. 12. Artigo 258.º do Tratado (ex-artigo 226.º), ver cit. 213. Artigo 259.º do Tratado (ex-artigo 227.º): “Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados. Antes de qualquer Estado-Membro introduzir recurso contra outro Estado-Membro, com fundamento em pretensão incumprimento das obrigações que a este incumbem por força dos Tratados, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão. A Comissão formulará um parecer fundamentado, depois de os Estados interessados terem tido oportunidade de apresentar, em processo contraditório, as suas observações escritas e orais. Se a Comissão não tiver formulado parecer no prazo de três meses a contar da data do pedido, a falta de parecer não impede o recurso ao Tribunal”. Artigo 260.º do Tratado (ex-artigo 228.º): “1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal. 2. [...] 3. Quando propuser uma acção no Tribunal ao abrigo do artigo 258.º, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma directiva adoptada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão”.

²¹⁷ Cit. 1; e acórdão *Commission v. France*, do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12 de Julho de 2005, processo C-304/02, [2005] *Colectânea* n.º I-6263.

quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária. Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.º

3.2) O Programa de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante

Um dos principais mecanismos criados para garantir a coerência e a efectiva aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado é o Programa de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante.²¹⁸ O estudo deste sistema concesso de garantias às empresas deladoras de práticas concertadas das quais elas próprias são integrantes, revela a impossibilidade de sua execução caso não existisse a Rede Europeia da Concorrência como meio ideal ao trabalho conjunto entre as autoridades administrativas da concorrência (Comissão e autoridades dos Estados-Membros). O progresso do Programa de Clemência é devido à cooperação e promoção de uma cultura comum da concorrência entre as esferas nacionais desenvolvidas dentro da REC.

Mesmo com a realização de Inquéritos por sectores, troca de dados e experiência entre os agentes da concorrência e estreita cooperação nas investigações aos casos concretos, permanece a dificuldade na produção de provas contra práticas colusivas, principalmente do domínio dos cartéis que se caracterizam pelo sigilo e discrição dos acordos travados entre as empresas. Em muitos casos, provas cabais e incontestáveis perante eventual recurso aos tribunais comunitários só podem ser acedidas mediante a colaboração das próprias companhias infractoras. No intuito de oferecer incentivo e recompensa às companhias deladoras, o controlo da concorrência na União Europeia dispõe de Programas de concessão de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante que consistem em:²¹⁹

[...] todos os programas (incluindo o da Comissão) que oferecem quer uma imunidade total, quer uma redução significativa das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca da revelação voluntária de informações sobre o cartel que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação. O termo não abrange as reduções de coimas concedidas por outros motivos.

²¹⁸ A partir deste ponto também referido como Programa de Clemência, conforme a tradução literal e denominação da COMUNICAÇÃO da Comissão Relativa à Imunidade e Matéria de Coimas e à Redução do seu Montante nos Processos Relativos a Cartéis, de 08 de Dezembro de 2006, J.O. [2006] n.º C 298/11. Para uma análise minuciosa do instituto da Concessão de Clemência nos Estados Unidos e na Europa, ver WILS, Wouter P. J., 2008, cit. 207, p. 113-153.

²¹⁹ Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit. 26, nota de rodapé (14).

Um Programa de Clemência, além de seus efeitos positivos na fase de investigação no que concerne à produção de informações e provas, promove a redução de custos em fase judicial, porque com o Pedido de Imunidade ou Redução de Coima há o reconhecimento da violação e a aceitação da pena. Uma decisão de imposição de sanção pecuniária mesmo fundamentada em centenas páginas está sujeita a sofrer recursos por cada uma das empresas em causa perante o Tribunal Geral, e posteriormente, quanto às questões de direito, ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Considerando que, em média, entre três e quatro recursos são interpostos contra todas as decisões no âmbito do controlo a cartéis, um mecanismo como o Programa de Clemência, através do qual as empresas reconhecem a violação e se comprometem a pagar a coima decorrente, representa uma significativa economia nos custos das autoridades da concorrência para sustentar seus argumentos diante dos tribunais, e otimização da aplicação de recursos das autoridades para perseguir mais violações à concorrência.²²⁰

O presente item tem como objectivo usar os factos relativos à harmonização dos regimes nacionais de Clemência para demonstrar a capacidade da REC em promover o alinhamento voluntário e gradativo entre as leis e aplicações de leis em matéria de concorrência nos Estados-Membros, apesar da não obrigação de uniformização das legislações processuais nacionais. O facto mais considerável desse movimento de harmonização é a progressiva convergência dos Estados-Membros ao *ECN Model Leniency Programme*.²²¹ O Programa Modelo é sucessor e complementar à Comunicação da Comissão relativa ao Programa de Clemência quanto à aplicação de coimas em processos relativos a cartéis: “(1) A presente comunicação define um quadro que permite recompensar, no que se refere à sua cooperação no âmbito da investigação da Comissão, as empresas que participam ou participaram em cartéis secretos que afectem a União”.²²²

²²⁰ WILS, Wouter P. J., 2008, cit. 207, p. 133.

²²¹ EUROPEAN COMPETITION NETWORK – ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME [Em linha]. [Consult. 09 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>>.

²²² COMUNICAÇÃO da Comissão Relativa à Imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, cit. 218. Esta Comunicação também é sucessora de outros dispositivos legais: COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, de 18 de Julho de 1996, J.O. [1996] n.º C 207/04; e COMUNICAÇÃO da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 19 de Fevereiro de 2002, J.O. [2002] n.º C 45/03. Ver VAN BARLIGEN, Bertus; BARENNE, Marc - Directorate-General Competition, Cartels Directorate (Directorate F) – The European Commission’s 2002 Leniency Notice in Practice. Até Abril de 2010, o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça da União Europeia não emitiram nenhuma decisão em respeito aos dispositivos legais reguladores do actual Regime Comunitário de Clemência, nomeadamente, à Comunicação da Comissão Relativa à Imunidade e Matéria de Coimas e à Redução do seu Montante nos Processos Relativos a Cartéis, de 08 de Dezembro de 2006, cit. 218; ou ao ECN

O *ECN Model Leniency Programme* foi desenvolvido em 2005 no âmbito de um grupo de trabalho da REC destinado às discussões sobre Clemência, e implantado em 2007 a nível de procedimentos comunitários.²²³ A troca de experiências dentro da REC possibilitou não só a elaboração de um regime aplicável a todos os Estados-Membros, mesmo diante das divergências procedimentais, como também o reconhecimento da importância do benefício como meio de prova, e o facto de que sua aplicação eficiente e em conformidade com os direitos de defesa só seria possível mediante adaptações das legislações nacionais nesse sentido.

De apenas cinco Estados-Membros (Alemanha, Áustria, Eslováquia Irlanda e Reino Unido) que possuíam Programas de Clemência em funcionamento em 2002, por ocasião da publicação do Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2007, em Junho de 2008, oito Estados-Membros (Bélgica, Dinamarca, França, Itália, Lituânia, República Checa, Países Baixos e Portugal) já haviam revisto seus Programas em vigor ou adoptado novos Programas de Clemência no intuito de enquadrarem-se ao Modelo; sendo que Bulgária, Chipre, Espanha, Estónia, Finlândia, Grécia, Hungria, Letónia, Luxemburgo, Polónia, Roménia e Suécia estavam em processo de adopção ou revisão. Àquele tempo, somente Eslovénia e Malta não estavam em movimento de convergência em termos de Clemência.²²⁴

Em Janeiro de 2010, entrou em vigor em Eslovénia um Decreto Governamental sobre o processo de concessão de imunidade e/ou redução do montante das coimas em casos de atentado à concorrência amplamente baseado no *ECN Model Leniency Programme*. O

MODEL LENIENCY PROGRAMME, cit. 221. Os últimos acórdãos deste período, em regra, tratam ainda da aplicação da Comunicação de 18 de Julho de 1996 nesse respeito, ver, p. ex.: *Amann & Söhne GmbH & Co. KG, Cousin Filterie SAS v. Commission of the European Communities*, do Tribunal Geral, de 28 de Abril de 2010, processo T-446/05, ainda não publicado; e *Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG, Österreichische Volksbanken AG v. Commission of the European Communities*, do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de Setembro de 2009, processos apensos C-125/07 P, C-133/07 P, C-135-07 P e C-137/07 P; J.O. [2009] n.º C 282/03.

²²³ A partir de 2005, um Grupo de Trabalho da REC dedicado às questões de Clemência elaborou medidas considerando que certas discrepâncias entre os regimes nacionais, de facto, poderiam ter efeitos adversos quanto à efectividade dos Programas de Clemência nacionais, e quanto aos incentivos às empresas para denunciarem os cartéis na União dos quais são integrantes. Em resposta a essas preocupações, em 29 de Setembro de 2006, os chefes das autoridades dos Estados-Membros da REC aprovaram o *ECN Model Leniency Programme* (o “Programa Modelo”). O objectivo do programa é reduzir ou até abolir as discrepâncias entre as Políticas de Concorrência dos Estados-Membros e facilitar notificações múltiplas (“multiple filings” – múltiplos Pedidos de Clemência) dentro da UE; *Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003*, cit. 20, p 67.

²²⁴ EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2007, de 16 de Junho de 2008, COM [2008] 368 final COM [2009] 206 final [Em linha]. [Consult. 09 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2007/part2_en.pdf>, p. 139; e EUROPEAN COMMISSION – REPORT on Assessment of the State of Convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, from 13 October 2009 [Em linha]. [Consult. 09 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme_annex1.pdf>, ver Anexo IV.

Decreto estabelece as regras para pedidos de clemência, bem como as regras sobre o tratamento a tais aplicações. O Estado-Membro visa com o Programa aumentar a transparência e a segurança jurídica no tratamento dos Pedidos de Clemência perante sua autoridade da concorrência. Logo, em Abril de 2010, constata-se que somente Malta ainda é desprovida de um Programa de Clemência.²²⁵

O trabalho cooperativo na Rede Europeia da Concorrência tem sido um elemento de incentivo aos Estados-Membros para introdução e promoção da convergência de Programas de Clemência. Indício da prosperidade na disseminação de uma cultura da concorrência dentro da Rede é a promoção de reformas em termos de Clemência nos Estados-Membros no sentido de adequar os regimes nacionais às características do *ECN Model Leniency Programme*, mesmo que a convergência ainda não seja completa. Esta é a conclusão do *Report on Assessment of the State of Convergence*,²²⁶ um relatório emitido pela REC, em 13 de Outubro 2009, que avalia o estado de convergência dos Programas de Clemência dos Estados-Membros da Rede relativamente às directrizes traçadas pelo *ECN Model Leniency Programme* em 2006.²²⁷ O Relatório apresentou o quadro de convergência em curso em Outubro de 2009.²²⁸

At the date of this Report, twenty five Member States and the European Commission operated leniency programmes.¹¹ The list of applicable leniency programmes is attached to this Report (see Annex 1).¹² Currently, legislative reforms (including any amendments to leniency programmes or related laws) are pending in five Member States: Cyprus, Greece, Estonia, Finland and Luxembourg.

Os 25 Estados-Membros referidos no Relatório dizem respeito a todos os Estados-Membros da União Europeia com excepção de Eslovénia e Malta. O processo de convergência dentro da REC mostra-se tão acelerado que em Janeiro de 2010, passados apenas três meses da publicação do *Report on Assessment of the State of Convergence*, um Programa de Clemência foi implantado em Eslovénia, e em Estónia, em Fevereiro de 2010, a reforma legislativa pendente em Outubro de 2009 foi posta em vigor.²²⁹ Mesmo em Malta,

²²⁵ ECN Brief - Issue 1/2010, cit. 124, p. 19.

²²⁶ Cit. 224. Para mais demonstrações do sucesso da REC no que se refere a Programas de Clemência já em seu 18.º mês de existência, ver MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa eds., cit. 30, p. 67-73..

²²⁷ Cit. 221.

²²⁸ Report on Assessment of the State of Convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, cit. 224, p. 4.

²²⁹ Sobre a criação do Programa de Clemência em Eslovénia, ver considerações as quais a nota 225 se refere. A reforma implementada em Estónia é descrita em ECN Brief - Issue 2/2010 [Em linha]. Bruxelas: European Competition Network, 2010- , [Consult. 10 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/02_2010/final_long.pdf>, p. 16.

único Estado-Membro desprovido de um regime desta natureza, a autoridade nacional da concorrência está considerando a introdução do Programa em um futuro próximo.²³⁰

A força catalisadora da REC pode ser facilmente demonstrada no quadro geral dos Programas de Clemência na União. Desde 1996, a Comunidade/ União Europeia possui uma Comunicação disciplinadora dos benefícios da imunidade ou da redução do valor de coimas nos processos concorrenciais. O dispositivo foi reformado em 2002, promovendo considerável progresso, principalmente, quanto ao número de Pedidos sem que as empresas tivessem passado por inspeção da Comissão.²³¹ O Regime de Clemência vigente antes da coexistência com a Rede apresentou resultados quantitativos positivos ocorridos na esfera comunitária do controlo de concorrência, contudo, o aumento do número de aplicações em si não serve como factor indicativo do maior envolvimento ou adesão de autoridades nacionais a um sistema de Clemência.

Uma alternativa encontrada para, novamente, demonstrar a essencialidade da REC para um controlo uniformizado de concorrência foi a análise das datas dos movimentos de criação e reforma dos Programas de Imunidade ou Redução de Coimas nos Estados-Membros, descritos no quadro em anexo do *Report on Assessment of the State of Convergence* de 2009.²³² Como resultado, verifica-se que, no período entre as duas primeiras Comunicações de Clemência da Comissão – de Julho 1996 a Fevereiro de 2002, dos quinze então Estados-Membros da União Europeia, somente dois deles, França e Irlanda, criaram seus Regimes de Clemência, ambos em 2001.²³³

Os números continuam reduzidos entre Fevereiro de 2002 e Maio de 2004, momento da entrada em vigor do Pacote de Modernização e conseqüente surgimento da Rede Europeia da Concorrência. Nesse período, a União permanecia com quinze Estados-Membros, e dois deles, Países Baixos e Suécia, implantaram Regime de Imunidade e Redução de Coimas, que

²³⁰ ECN Brief - Issue 1/2010, cit. 124, p. 18.

²³¹ VAN BARLIGEN, Bertus; BARENNE, Marc - Directorate-General Competition, Cartels Directorate (Directorate F) – The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice, cit. 222, p. 6. O parágrafo faz referência a Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, de 18 de Julho de 1996, e a Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 19 de Fevereiro de 2002, cit. 222. Ver também: ARBAULT, François - Directorate-General Competition, unit A-1; PEIRÓ, Francisco - Directorate-General Competition, unit E-1 – The Commission's New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: building on success.

²³² Cit. 224. Todos os dados utilizados para a análise que segue têm este documento como fonte, nomeadamente, o quadro representado em seu "*Annex 1: list of applicable leniency programme*".

²³³ O quadro em anexo do Relatório de Convergência de 2009 (ver cit. 232) indica que Lituânia lançou Programa de Clemência em 1999; Eslováquia e República Checa em 2001, entretanto, o fizeram antes de tornarem-se membros da União (em 2004). Logo, não se pode afirmar a influência directa da Comunicação de 1996 sobre estes Membros.

vieram a sofrer em 2007 e 2009, respectivamente, reformas de modo a indicar absorção da cultura comum em matéria de Clemência disseminada com a REC.²³⁴

Mesmo as convergências conquistadas antes da implantação Rede podem ser atribuídas ao seu processo de formação ou fase de actuação orientada à Reforma. Conforme esclarecido no tópico 2.5 acima, o processo de formulação efectiva do Pacote de Modernização, que dentre outras medidas criou e regulamentou a REC, teve início, aproximadamente, em Janeiro de 2000,²³⁵ ano seguinte à publicação do Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos então artigos 85.º e 86.º do Tratado em 1999.²³⁶ Entre os anos 2000 e 2004, ocasião da entrada em vigor do Pacote Legislativo de Modernização, os Estados-Membros e a Comissão passaram a agir em estreita cooperação como exigido pela Reforma a ser em breve implantada. Portanto, é plausível afirmar que apesar de França, Irlanda, Países Baixos e Suécia terem criado Programas de Clemência antes do funcionamento oficial da REC, também o fizeram sob influência do período de actuação das autoridades da concorrência orientada à Reforma – orientada ao controlo da concorrência através de uma rede de autoridades responsáveis nesta matéria.

Durante e consecutivamente à criação da Rede, a União contava com 25 Estados-Membros,²³⁷ dos quais dezasseis criaram Programas de Clemência, e quatro estabeleceram Programas e procederam ou estão procedendo a mais adaptações ao Regime comunitário. São eles (Estado-Membro/ ano de criação do Programa): Alemanha/ 2006, Áustria/ 2006, Bélgica/ 2007, Chipre/ 2008, Dinamarca/ 2007, Eslovénia/ 2010, Estónia/ 2010,²³⁸ Espanha/ 2008,

²³⁴ Neste ponto, o quadro (cit. 232) indica que Bulgária e Hungria lançaram Regime de Clemência em 2003, mas os dois países passaram a ser membros da União somente em 2004. Novamente, não se pode afirmar a influência directa da Comunicação de 1996 sobre estes Membros.

²³⁵ Ver Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p 11.

²³⁶ Cit. 8.

²³⁷ A União passou por sua maior expansão em 2004. Ao Bloco formado por Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia, uniram-se em 2004 Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia e República Checa.

²³⁸ O Report on Assessment of the State of Convergence não avalia a legislação estoniana em matéria de Clemência porque o benefício é previsto no Código Processo Penal. Em Estónia, o Ministério Público pode aceitar os Pedidos de Clemência e encerrar o processo criminal em relação a uma pessoa que notoriamente facilitou o esclarecimento dos fatos relativos probatórios de um crime. A base legal para o encerramento do processo criminal é o parágrafo n.º 205 do Código de Processo Penal. A disposição tem carácter geral e permite um tratamento favorável para qualquer tipo de crime, incluindo a participação em cartel; Report on Assessment of the State of Convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, de 13 Outubro de 2009, cit. 224, p. 4, nota de rodapé 12. No entanto, Em 27 de Fevereiro de 2010, entrou em vigor em Estónia uma Emenda de Lei ao Código Penal, Código de Processo Penal e da Lei da Concorrência, que estabelece um Programa de Clemência específico no sistema jurídico do país, bem como as novas disposições em matéria de sanções; ECN Brief - Issue 2/2010, cit. 229, p. 16. Eslovénia também não consta da lista de Regimes Nacionais de Clemência do Report on Assessment of the State of Convergence, mas seu Sistema de Concessão de Imunidade e Redução em Casos Concorrenciais foi implantado em 01 de Janeiro de 2010; ECN Brief - Issue 1/2010, cit. 124, p. 19.

Finlândia/2004, Grécia/ 2006 (um dos Membros em processo de alterações), Itália/ 2007, Letónia/ 2004 (alterações em 2008), Luxemburgo/ 2004, Polónia/ 2004 (alterações em 2009), Portugal/ 2006, e Reino Unido/ 2004 (emendas em 2008).²³⁹

Poderia ser discutida a relação da Rede com os Programas criados simultaneamente a ela, em 2004 (Finlândia, Letónia, Luxemburgo, Polónia e Reino Unido), principalmente, no que diz respeito aos Estados que ingressaram nesse ano na União (Letónia e Polónia). Qual seria, então, a parcela de contribuição da Rede para os avanços em termos de Clemência nestes Estados? Faz-se referência novamente ao período de actuação orientada à Reforma. As discussões efectivas sobre a cooperação por meio da Rede iniciadas em 2000 envolveram os já Estados-Membros da União (Finlândia, Luxemburgo, Reino Unido e mais doze), e alcançaram tanto os Estados candidatos a Membros que vieram a ingressar a Comunidade em 2004 (Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Lituânia, Letónia, Polónia e República Checa), quanto os novos Membros ingressos em 2007 (Bulgária e Roménia). Para Bulgária, Eslováquia, Hungria, República Checa e Roménia o processo de assimilação da cultura comunitária da concorrência foi mais rápido que o de incorporação ao Bloco. Estes Estados implantaram Regimes de Clemência antes de tornarem-se Membros.²⁴⁰

Em linhas gerais, os resultados relativos à harmonização do controlo da concorrência ao no interior da União obtidos pela REC são notoriamente diferenciados dos esforços feitos pelas forças comunitárias sem um meio concreto de ligação e coesão entre os Estados-Membros. No intervalo de tempo entre a Comunicação de Clemência de 1996 e o Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos então artigos 85.º e 86.º do Tratado em 1999,²⁴¹ nenhum dos então Membros do Bloco instauraram Regimes de Imunidade e Redução de Coimas, em comparação com os aproximados 26% de criação de Regimes (em quatro de quinze Estados-Membros) entre os anos 2000 e 2004; e com os aproximados 94% de criações (em dezassete dos dezoitos Membros que, na altura da criação da Rede, ainda não detinham Sistema de Concessão de Clemência), desde o início dos trabalhos na Rede e da vigência dos regulamentos resultantes da estreita cooperação que se

²³⁹ O quadro (cit. 232) cita ainda Roménia/ 2004 (alterações em 2009), mas o Estado-Membro não foi incluído no rol acima porque entrou na União somente em 2007.

²⁴⁰ Bulgária/ 2003, Eslováquia/ 2001, Hungria/ 2003, República Checa/ 2001 e Roménia/ 2004 – todos implantaram Programa de Clemência no período orientada à Reforma de 2004.

²⁴¹ Marco do começo do período orientado à Reforma do Controlo Comunitário da Concorrência de 2004. Ver item 2.5, acima.

processa dentro dela (Comunicação da Comissão em matéria de Clemência e *ECN Model Leniency Programme*).²⁴²

Os trabalhos na REC promovem reformas nos regimes nacionais de Clemência em direcção à convergência com as directrizes comunitárias. Constatase que aproximadamente 44% dos Estados-Membros promoveram ou estão promovendo alterações e adições legislativas para alinharem as actividades das autoridades nacionais da concorrência entre si e com a Comissão,²⁴³ em contraposição com a ausência de movimentos desta natureza na fase anterior à Rede. O número de convergências legislativas em termos de Clemência ocorridas em somente quatro anos tornam insustentáveis argumentos contra o bom desempenho da Rede na tarefa de disseminar uma cultura uniforme e efectiva da concorrência.

Em suas considerações de apresentação do *ECN Model Leniency Programme* em 2006, a Comissão esclareceu brevemente a função do novo Sistema de Clemência, e posicionou-se quanto à eficiência do Modelo em relação a possibilidade de adopção de um mecanismo de reconhecimento recíproco das decisões de Clemência entre as autoridades membros da REC. Primeiramente, ressalta-se a posição da REC como palco para as discussões sobre qual o melhor método de cooperação em matéria de Clemência. O Programa Modelo ou um eventual regime de reconhecimento de decisões foram as duas alternativas lançadas como soluções para o incentivo de denúncias por companhias envolvidas em cartéis sem desrespeitar seus direitos de defesa, e ambas exigem a Rede como elemento essencial.

A possibilidade de criar um sistema de reconhecimento mútuo também foi discutida e concluída como uma alternativa irrealista e inexecutável nesta fase do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência na União Europeia. O processo ainda não alcançou as fases de convergência entre as normas de direito processual e de harmonização dos tipos e níveis das sanções aplicadas em matéria de concorrência nos Estados-Membros, o que significa, concretamente, que nenhuma autoridade pode decidir sobre um Pedido de Imunidade e Redução da Pena (Clemência na aplicação de coimas) com efeitos obrigatórios em toda a União.²⁴⁴ No mais, nas palavras da Direcção-Geral da Concorrência:²⁴⁵

²⁴² Entre Maio de 2004 e Abril de 2010: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Eslovénia, Estónia, Finlândia, Grécia, Itália, Letónia, Luxemburgo, Polónia, Portugal, Roménia, Reino Unido. Somente Malta permanece sem Programa de Clemência.

²⁴³ Estado-Membro/ Ano das alterações: Bulgária/ 2009, Eslováquia/ 2009, Grécia/ em andamento, Hungria/ 2009, Letónia/ 2008, Lituânia/ 2008, Países Baixos/ 2007, Polónia/ 2009, Reino Unido/ 2008, República Checa/ 2007, Roménia/ 2009, Suécia/ 2009.

²⁴⁴ Sobre o processo de efectivação e uniformização do controlo europeu da concorrência proposto neste trabalho, ver item 2.3.3, acima. Nesse ponto, considera-se apenas o reconhecimento da aplicação de coimas às pessoas jurídicas envolvidas em práticas concertadas em todos os Estados-Membros. A impossibilidade de reconhecimento desse tipo de decisão em todas as jurisdições da União agrava-se ainda mais se consideradas as diversas penalidades aplicáveis às pessoas físicas nos Estados-Membros.

Insofar as multiple filings are concerned, various alternative options were examined within the ECN in connection with the elaboration of the Model Programme but were rejected as unworkable in practice. A mutual recognition system, for instance, could, absent a high degree of harmonisation, invite forum shopping. In turn, the option that the Commission would act as a central decision-maker for immunity applications, besides being a heavy administrative task for the Commission, would entail disincentives for applicants and for national competition authorities.

A inviabilidade do reconhecimento mútuo de um Pedido de Clemência, em substituição ao actual sistema que exige a submissão de Pedidos a várias autoridades, reside na necessidade de colecta e avaliação de informações das autoridades de todos os Estados-Membros pela autoridade nacional responsável por avaliar o Pedido para, em primeiro plano, constatar que nenhum outro Membro teria indícios suficientes para iniciar uma investigação *ex officio*. Além disso, uma vez que em sistema de reconhecimento mútuo de decisões os investigados optam a qual autoridade realizar o Pedido de Clemência, não haveria mais a garantia de que a autoridade receptora do Pedido Clemência seria a mesma que já tenha eventualmente realizado investigações às companhias requerentes.²⁴⁶

3.2.1) Pedidos Múltiplos de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante – *Summary Applications*

Não cabe aqui o tratamento detalhado de todos os termos e procedimentos do actual Sistema de Concessão de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante vigente na União e seguido como modelo pelos Estados-Membros. No entanto, um dos mecanismos constituintes do Sistema merece destaque por sua realização ser directamente dependente da interacção entre os Membros dentro da REC. As *Summary Applications*, instituto central do Programa de Clemência instituído pelo *ECN Model Leniency Programme* à disposição das companhias suspeitas de atentarem contra a concorrência em casos nos quais a Comissão é tida como "particularmente bem posicionada" nos termos do parágrafo 14 da Comunicação sobre a Cooperação na REC.²⁴⁷

Nessa hipótese, as companhias que já submeteram ou estão em processo de submissão à Comissão de um pedido de imunidade ou redução de coimas podem simultaneamente

²⁴⁵ Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p 68.

²⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION – Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme – frequently asked questions, MEMO/06/356, de 29 de Setembro de 2006 [Em linha]. [Consult. 11 Maio 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/356&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>>.

²⁴⁷ Cit. 26. Ver ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME, cit. 221, p. 6.

apresentar *Summary Applications* (Pedidos Múltiplos de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante) a qualquer autoridade nacional da concorrência que julgar poder ser bem posicionada para agir, conforme dispõe também a Comunicação da REC. Isto porque, ao fornecer informações essenciais à constatação da prática concertada à Comissão, as companhias interessadas no benefício da Clemência acabam por indiretamente também disponibilizá-las a todas as outras autoridades responsáveis em matéria de concorrência. Ocorre que por meio do sistema de troca de informações da Rede, baseado no artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003, as informações fornecidas pelas companhias podem desencadear o processamento do caso por qualquer outra autoridade, isto é, na intenção de gozar de Clemência perante um Estado-Membro ou perante a Comissão, as organizações ficam suscetíveis de sofrer processamento por outros membros da REC.

Retomando ao equilíbrio entre um sistema de competências paralelas entre as autoridades nacionais da concorrência e um sistema vertical de competências entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros, para a aplicação conjunta entre os agentes responsáveis pelo atendimento aos artigos 101.º e 102.º do Tratado. Consequência lógica dessa responsabilidade conjunta é a possibilidade de execução paralela de mais de um Programa Nacional de Clemência (ou do Programa Comunitário juntamente com os nacionais). As *Summary Applications* são o recurso à disposição das empresas envolvidas em articulações anti-competitivas transfronteiriças (em dois ou mais Estados-Membros) para que possam beneficiar-se do Programa Comunitário de Clemência e dos demais Programas vigentes na União na hipótese de uma autoridade nacional eventualmente decidir também processar o caso.

O *ECN Model Leniency Programme* determina que informações serão sujeitas às autoridades nacionais, esclarecendo que as aplicações podem ser escrita ou oralmente submetidas. De acordo com o Programa Modelo, mediante solicitação do requerente de Clemência, a autoridade nacional responsável em matéria de concorrência pode proceder a Pedidos Oraís de Clemência. Nesses casos, as declarações são gravadas da maneira que a autoridade julgar apropriada, não sendo excluída a obrigação do requerente de fornecer indícios documentais da existência da prática concertada. O acesso às gravações só pode ser disponibilizado após a comunicação de acusações à partes.²⁴⁸ Em Outubro de 2009, além da

²⁴⁸ Idem, p. 7. A comunicação de acusações aqui referida consiste na notificação pela Comissão às partes nos termos do n.º 1 do artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003: “Antes de tomar as decisões previstas nos artigos 7.º, 8.º e 23.º e no n.º 2 do artigo 24.º, a Comissão dá às empresas ou associações de empresas sujeitas ao processo instruído pela Comissão oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas. A Comissão deve basear as suas decisões apenas em acusações sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de

Comissão Europeia, dezoito Estados-Membros já haviam integrado o Pedido de Clemência integralmente oral aos seus regimes, e dezassete Estados-Membros (excluída a Comissão) já haviam aderido à possibilidade de submissão de *Summary Applications* na forma oral.²⁴⁹

No entanto, o Programa Modelo da REC não é um documento jurídico vinculativo. Implica dizer que as autoridades nacionais da concorrência não irão conceder ou negar imunidade ou redução de coima com base em *Summary Applications*. Em razão da autonomia e divergências processuais e em termos de aplicação de sanções dos regimes de concorrência nos Estados-Membros, as aplicações (*Summary Applications*) somente garantem o compromisso das autoridades da concorrência em utilizarem a ordem de chegada das aplicações previstas pelo Programa Modelo, caso decidam instaurar processo de imposição de sanção em matéria de concorrência contra as empresas autoras interessadas em Clemência.²⁵⁰

O poder uniformizador da Rede Europeia da Concorrência pode também ser nesse âmbito demonstrado. Em Abril de 2010, os Regimes de Clemência de 24 Estados-Membros já previam as aplicações por imunidade ou redução de coimas nos casos Tipo 1A (todos os membros da União com exceção de Chipre, Estónia e Malta),²⁵¹ sendo que, em Outubro de

apresentar as suas observações. Os autores das denúncias são estreitamente associados ao processo".

²⁴⁹ Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Finlândia, França, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido, Roménia e Suécia já haviam, a esse tempo, integrado o Pedido de Clemência integralmente oral aos seus regimes. Quanto à adesão à possibilidade de submissão de *Summary Applications* na forma oral, refere-se a todos os Membros apenas citados, com exceção de Países Baixos; Report on Assessment of the State of Convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, cit. 224, p. 18.

²⁵⁰ Ver Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme – frequently asked questions, MEMO/06/356, de 29 de Setembro de 2006 [Em linha], cit. 246. A companhia integrante de um cartel que em primeiro lugar denunciou a infração por meio de uma Pedido de Clemência a Comissão, utilizando-se de *Summary Applications*, também será primeira na ordem de chegadas dos Pedidos de Clemência aos Estados-Membros, e assim, sucessivamente. Para as demais companhias cooperadoras, a concessão de imunidade ou de redução de coimas respeitam uma ordem de denúncia estabelecida pelo âmbito comunitário, mas aplicável como princípio para concessão dos benefícios nos Estados-Membros: “II. IMUNIDADE EM MATÉRIA DE COIMAS. A. Requisitos para poder beneficiar de imunidade em matéria de coimas. (8) A Comissão concederá imunidade relativamente a qualquer coima que de outra forma seria aplicada à empresa que revele a sua participação num alegado cartel que afecte a Comunidade, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, na opinião da Comissão, lhe permitam: (a) efectuar uma inspecção direccionada visando o alegado cartel⁽¹⁾; ou determinar a existência de uma infração ao artigo 81.º CE, relativamente ao alegado cartel. III. REDUÇÃO DO MONTANTE DA COIMA. A. Requisitos para poder beneficiar de uma redução do montante da coima. (23) As empresas que revelem a sua participação num alegado cartel que afecte a Comunidade, mas que não preenchem as condições previstas na Secção II supra podem ser elegíveis para uma redução da coima que de outra forma lhes seria aplicada. (24) Por forma a poder beneficiar desta redução, a empresa deve fornecer à Comissão elementos de prova da alegada infração, que apresentem um valor acrescentado significativo relativamente aos elementos de prova já na posse da Comissão e preencher as condições cumulativas estabelecidas nas alíneas a) a c) do ponto 12”; Comunicação da Comissão Relativa à Imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, cit. 218.

²⁵¹ “16. The ECN Model Programme contains two different evidential thresholds for granting immunity:

– one for the first undertaking that provides the CA with sufficient evidence to enable it to carry out targeted inspections in connection with an alleged cartel (Type 1A); and – one for the first undertaking that submits evidence which in the CA’s view may enable the finding of an infringement of Article 81 EC in connection with

2009, somaram 20 os Programas nacionais que prevêm *Summary Applications* em condições equivalentes às previstas no *ECN Model Leniency Programme* (Alemanha, Bélgica, Bulgária, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, França, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Países Baixos, Polónia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Roménia e Suécia).²⁵²

3.2.2) Troca e uso de informações colectadas através dos Pedidos de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante através da REC e a protecção aos direitos de defesa

A Rede Europeia da Concorrência está a serviço da promoção de eficácia e efectividade do controlo comunitário da concorrência e da protecção dos direitos e garantias dos acusados previstos no regime jurídico da União. Em matéria de Clemência, a REC viabiliza um modelo de concessão do benefício a ser seguido pelas Estados-Membros, sem exigir que aceitem os pedidos de imunidade ou redução de pena interpostos para as autoridades da concorrência de outros Estados-Membros. Por esse motivo, a Rede dispõe de um tratamento diferenciado para troca das informações colectadas nos procedimentos de Clemência entre as autoridades nacionais. Significa dizer que o regime instaurado pelo Regulamento n.º 1/2003 estabelece determinadas medidas para garantir que os requerentes de Clemência permaneçam protegidos caso as informações fornecidas venham a ser trocadas dentro da REC.²⁵³

A Comunicação sobre a cooperação na REC disciplina as prerrogativas do acusados em termos de Clemência no item “2.3.3. *Posição dos requerentes que pretendam beneficiar de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante*”. De acordo com a Comunicação, informações relacionadas ao processo de Clemência abrangem não só aquelas fornecidas no Pedido, mas todas as informações recolhidas durante as medidas de averiguação dele resultantes, e todas aquelas que não seriam averiguadas caso a Clemência não fosse

an alleged cartel (Type 1B)” – definições de casos Tipo 1A e Tipo 1B (CA – competition authority); ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME, cit. 221, p. 10 . O Report on Assessment of the State of Convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, de 13 Outubro de 2009, cit. 224, p 16, dispõe apenas 23 Estados-Membros onde há possibilidade de pedido de imunidade ou redução de coimas nos casos Tipo 1A. Todavia, Eslovénia, Estado excluído do Relatório, actualmente também possuem este recurso: ver Anexo V – List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Model Leniency Programme in Type 1A cases, com última actualização de 19 de Janeiro de 2010. Luxembourg: European Commission 2010- ,[Consult. 11 Maio 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/list_of_authorities.pdf>; e ECN Brief - Issue 1/2010, cit. 124, p. 19.

²⁵² Report on Assessment of the State of Convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, de 13 Outubro de 2009, cit. 224, p 16.

²⁵³ Ver DEKEYSER, Kris; JASPERS, Maria, cit. 185, p. 11.

solicitada. Este entendimento encoraja os envolvidos em cartéis a denunciarem e fornecerem informações sobre a prática:²⁵⁴

In practice, these safeguards enable the authorities to exchange and use in evidence leniency related information without jeopardizing their respective programmes. Experience shows that the ECN members apply these rules in very strict manner. A leniency applicant can therefore rest assured that it will not expose itself to any additional risks by voluntarily disclosing information to a Network member. An applicant is however not automatically protected against investigations, which have been initiated on the basis of information received from other sources such as complaints or another leniency application

A atenção especial voltada para as informações fornecidas em Pedidos de Clemência decorre, essencialmente, de duas questões. A primeira existe em função da cooperação disciplinada do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003, segundo a qual é possível que um Pedido de Clemência direccionado a autoridade da concorrência de um Estado-Membro desencadeie investigações por autoridades de outros Membros da REC perante as quais o requerente não tenha ainda pedido por Clemência, até mesmo porque uma autoridade que não recebeu informações resultantes do Pedido podem eventualmente abrir procedimentos próprios baseada em informações obtidas de outro modo.²⁵⁵ A segunda questão diz respeito à potencial transferência de dados fornecidos pelo autor do Pedido/ requerente, juntamente com todas as informações descobertas pela autoridade receptora do Pedido de Clemência como consequência das informações voluntariamente cedidas, às demais autoridades no âmbito da REC nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003, e uso destas informações como meio de prova para imposição de sanção.²⁵⁶

No que se refere a primeira questão, é preciso destacar que cada membro da Rede é responsável por suas investigações e executa seu Programa de Clemência independentemente dos outros membros. O facto de uma entidade parecer particularmente bem posicionada para lidar com um caso, não impede outras autoridades, também bem posicionadas, de agirem contra a mesma infracção. A apresentação de um Pedido de Clemência para uma determinada autoridade, incluindo a Comissão, não gera expectativa legítima de que o caso será processado somente por ela. A única situação em que o requerente pode ter certeza que

²⁵⁴ WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p 57.

²⁵⁵ Comunicação sobre a cooperação na REC, cit. 26, parágrafo 38.

²⁵⁶ BLAKE, Stephen - Directorate-General for Competition, unit E-2; SCHNICHEL, Dominik - Directorate-General for Competition, unit A-4 – Leniency Following Modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes, p. 8. O autor defende essa posição embora o n.º 2 do parágrafo 41 da Comunicação sobre a cooperação na REC estabeleça o contrário. As informações produzidas na sequência de medidas de esclarecimento dos factos relatados no Pedido também são consideradas relativas à Clemência. As hipóteses de transferência de informações relativas a Pedidos de Clemência com ou sem consentimento do requerente são regulamentadas nos parágrafos 40 e 41 da Comunicação da REC.

nenhum membro da Rede irá também proceder às investigações é quando a Comissão inicia um processo nos moldes do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003.

As autoridades nacionais devem comunicar à Comissão e podem informar “às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros – assim determina o n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento – quando aplicarem os artigos 101.º e 102.º do Tratado, no que está incluída a abertura de procedimentos resultantes de Pedidos de Clemência. Significa dizer que mesmo sem o consentimento do autor do Pedido exigido para a transmissão de informações nos moldes do parágrafo 40 da Comunicação sobre a cooperação na REC, as demais autoridades nacionais também bem posicionadas tomam ciência dos procedimentos contra o autor e são indiretamente advertidas quanto à necessidade de investigá-lo. Além do mais, a informalidade das relações entre os Membros da Rede leva, inevitavelmente, à advertência das outras autoridades da concorrência para a investigação das actividades informadas no âmbito da Clemência e instauração de procedimentos a partir de evidências adquiridas por “iniciativa própria”.

A segunda discussão complementa a primeira. É previsível que autoridades da concorrência perante às quais não foi apresentado Pedido de Clemência em relação a determinado caso, decidam instaurar procedimentos com base em informações transmitidas regularmente dentro da REC (nos termos do artigo 12.º do Regulamento). Por esse motivo, o parágrafo 38 da Comunicação alerta para a obrigação de apresentação de Pedidos de Clemência múltiplos e independentes às diversas autoridades consideradas bem posicionadas. A contraposição desse parágrafo aos parágrafos 40 e 41 suscita, todavia, o questionamento sobre a lógica e razão de existir da obrigação imposta pelo parágrafo 38, já que os parágrafos 40 e 41 exigem o consentimento do requerente para que haja transmissão de informações nos termos do artigo 12.º do Regulamento. Logo, bastaria o não consentimento da transferência de dados pelo autor do Pedido, sem a necessidade de apresentar Pedidos a outras autoridades.

Posto isso, no intuito de assegurar o tratamento diferenciado das informações colectadas nos procedimentos de Clemência pelas autoridades nacionais na dinâmica de troca de informações dentro da REC, a Comunicação sobre a Cooperação determina que tais informações só podem ser transmitidas ao abrigo do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 nas seguintes hipóteses:²⁵⁷ 1) se o requerente da Clemência consentiu com a transmissão das

²⁵⁷ “These conditions will apply to the protected information irrespective of whether or not the applicant meets the criteria for leniency under the programme of the relevant authority; suffice it that the information was either voluntarily submitted as part of a leniency application or was obtained as a result of or following an inspection or other fact-finding measure that could not have been carried out but for such an application”; BLAKE,

informações integrantes do Pedido por ele fornecidas, uma vez que a transmissão de informações nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 não exige o consentimento prévio da fonte da informação, mesmo tratando-se de informações confidenciais; 2) se o Estado-Membro que solicita informações também recebeu um Pedido de Clemência relativo à mesma infração, pois se o requerente submeteu Pedido também à autoridade solicitadora de informações, ele tacitamente concorda que as informações podem ser transferidas a esta autoridade sem consulta prévia;²⁵⁸ ou 3) se a autoridade a qual as informações serão transmitidas deu garantias quanto ao uso dessas ou de quaisquer outras informações que pode vir a obter conseqüentemente.

A transmissão de informações provenientes de Pedidos de Clemência dentro da REC só ocorrerá se a autoridade que solicita informações garantir que não só a informação que lhe será transmitida, mas também qualquer outra que pode posteriormente obter, não serão utilizadas por essa autoridade, ou por qualquer outra autoridade à qual as mesmas informações venham a ser posteriormente transmitidas, para impor sanções ao autor do Pedido de Clemência ou às pessoas singulares (a exemplo de funcionários) e jurídicas (empresas subsidiárias, empresas do mesmo grupo empresarial, etc.) envolvidas nos dados do Pedido.²⁵⁹

As declarações colectadas na forma de Pedido Oral de Clemência estão igualmente amparadas pelos dispositivos de segurança aos direitos dos acusados previstos na Comunicação sobre a cooperação na REC. O *ECN Model Leniency Programme* determina que as trocas dos registos das declarações orais são realizadas somente nos termos da Comunicação da REC, do 12.º do Regulamento n.º 1/2003, e se a autoridade da concorrência receptora oferecer um nível equivalente de protecção às informações ao oferecido pela autoridade transmissora.²⁶⁰

Stephen - Directorate-General for Competition, unit E-2; SCHNICHELS, Dominik - Directorate-General for Competition, unit A-4, cit. 256, p. 9-10. Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit. 26, parágrafos 40 e 41.

²⁵⁸ A primeira hipótese pode ser flexibilizada “No caso de informações obtidas por um membro da rede nos termos do n.º 1 do artigo 22.º do Regulamento do Conselho em nome e por conta do membro da rede a quem foi apresentado o pedido de imunidade [...], não é necessário o consentimento para a transmissão de tais informações ao membro da rede a quem foi apresentado o pedido, nem para a utilização das mesmas” – n.º 3 do parágrafo 41 da Comunicação sobre a cooperação na REC. Relativamente a segunda hipótese, para que o descrito aconteça há uma condição acessória: no momento da transmissão de dados, não pode estar aberta ao requerente a opção de retirar seu Pedido perante a autoridade a qual as informações serão transmitidas.

²⁵⁹ “Será transmitida ao requerente uma cópia do compromisso escrito da autoridade receptora”, Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit. 26, n.º 2 do parágrafo 41.

²⁶⁰ “30. *Oral statements made under the present programme will only be exchanged between CAs pursuant to Article 12 of Regulation No 1/2003 if the conditions set out in the Network Notice are met and provided that the protection against disclosure granted by the receiving CA is equivalent to the one conferred by the transmitting CA*”, ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME, cit. 221, p. 7. Ver também: idem, parágrafos 28 e 29; idem, parágrafos 47-49/ Explanatory Notes.

No actual regime comunitário de concorrência, aos interessados em gozar do benefício da imunidade ou redução do valor da coima em casos de atentado a concorrência é oferecida através da REC plena garantia de que um Pedido, ou um Pedido com *Summary Applications*, será suficiente para obter Clemência em um Estado-Membro ou no âmbito comunitário, sem enfrentar condenações nos demais Membros. A Comunicação sobre a Cooperação em si não possui força legal vinculativa sobre as autoridades nacionais da concorrência, mas determina que só receberão informações desta natureza as autoridades que se comprometeram com respeito aos princípios por ela dispostos. Significa dizer que todos os Estados-Membros da REC são impelidos a respeitar os princípios da Comunicação se tiverem interesse em receber informações recolhidas por Pedidos de Clemência, uma vez que todos os Membros assinaram uma declaração nesse sentido.²⁶¹ O parágrafo 42 da Comunicação é claro:

A informação relativa a processos iniciados em resultado de um pedido de imunidade em matéria de redução de coimas ou de redução do seu montante submetido à Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 11 do Regulamento do Conselho (¹⁷) será apenas acessível às ANC que se comprometerem a respeitar os princípios acima estabelecidos (ver ponto 72 *infra*). Quando o processo tiver sido iniciado pela Comissão em resultado de um pedido de imunidade em matéria de redução de coimas ou de redução do seu montante apresentado à Comissão, aplica-se o mesmo princípio. Este facto não afecta o poder de qualquer autoridade de lhe ser facultada informação nos termos do artigo 12.º do Regulamento do Conselho, desde que as disposições dos pontos 40 e 41 sejam respeitadas.

3.3) A REC, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Até o presente ponto, foram expostos, essencialmente, argumentos demonstrativos da utilidade da Rede Europeia da Concorrência para o trabalho cooperativo e sincronizado entre as autoridades responsáveis em matéria de concorrência (Comissão ou autoridades administrativas dos Estados-Membros). Em determinados itens foi também indicada a preocupação da Rede em criar um sistema de estreita cooperação apto a realizar os ideais económicos da União Europeia e juridicamente legítimo. A REC zela para que o direito material regulamentador (nomeadamente, o Regulamento n.º 1/2003) e os procedimentos de investigação e de aplicação de sanções que o complementam estejam em conformidade com os artigos 101.º e 102.º do Tratado (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), com

²⁶¹ “Nesta declaração reconhecem os princípios consignados na presente comunicação, incluindo os princípios relativos à protecção dos requerentes que invocam o benefício de um programa de imunidade de coimas ou de redução do seu montante (²⁵) e declaram que os respeitarão. É publicada uma lista destas autoridades no sítio internet da Comissão Europeia. Esta lista será actualizada sempre que necessário”, Comunicação sobre a Cooperação na REC, cit. 26, parágrafo 72.

o Tratado da União Europeia, e com a conjunção Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.²⁶²

As análises já apresentadas seguiram a linha de adequação do actual controlo comunitário de concorrência com o Tratado e o Tratado da União Europeia por intermédio de uma rede de autoridades, e o presente item é dedicado à importância da Rede para a promoção dos direitos e garantias entendidos como fundamentais na União nos termos da Convenção dos Direitos do Homem e da Carta de Direitos Fundamentais. Observar a compatibilidade da REC com os documentos supranacionais em matéria de direitos do homem, liberdades fundamentais e direitos fundamentais, é analisá-la da perspectiva dos acusados de atentar contra a ordem concorrencial - o outro extremo dos procedimentos de controlo de concorrência.²⁶³

Um controlo de concorrência juridicamente legítimo a funcionar pelas vias de autoridades regidas por legislações diversas só é possível se estabelecido um patamar mínimo de princípios de Direito a serem seguidos por estas diferentes jurisdições. Esse patamar é estabelecido no cenário europeu pelos documentos fundamentais da União apenas referidos, no entanto, com algumas reservas a respeito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pois a União Europeia não é parte na Convenção, é dizer, o documento, a princípio, não integra o ordenamento legal comunitário.

Originariamente, os direitos fundamentais foram reconhecidos e aplicados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça com base no artigo à época vigente 220.º do Tratado como integrantes do rol de princípios comunitários.²⁶⁴ Para os Tribunais Comunitários, definição e utilização adequadas dos direitos fundamentais dispostos na Convenção, partiram dos conceitos inerentes às práticas constitucionais comuns aos Estados-Membros, esses sim,

²⁶² Cit. 125. Os documentos serão referidos, daqui em diante, como Convenção Europeia de Direitos do Homem ou Convenção e Carta de Direitos Fundamentais ou Carta, respectivamente.

²⁶³ O outro extremo do sistema de procedimentos de controlo à concorrência são as autoridades administrativas. Sobre a discussão a respeito da substância dos termos direitos do homem, liberdades fundamentais e direitos fundamentais no contexto europeu, ver: LINDFELT, Mats – Fundamental Rights in the European Union - Towards Higher Law of Land?: A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broad Constitutional Setting, p. 26-33.

²⁶⁴ O artigo foi revogado pelo Tratado de Lisboa, cit. 1. Ver acórdão *Stauber v. Stadt Ulm*, de 12 de Novembro de 1969, processo 29-69, Colectânea da Jurisprudência 1969 página 00419. Nesse caso, o Tribunal de Justiça declarou, com lastro no então artigo 220.º do Tratado, que os direitos fundamentais são parte dos princípios gerais do Direito Comunitário – *general principle of Community Law*. Anteriormente, o Tribunal de Justiça já havia sido chamado a revisar a legalidade de decisões adoptadas pela Autoridade Maior da CECA (ver cit. 4) acusadas de atentar contra direitos constitucionais dos reclamados. O Tribunal, todavia, rejeitou o pedido justificando que sua jurisdição não alcançava a protecção aos direitos fundamentais garantidos pelas legislações nacionais; VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François – *Competition Law of the European Community*, p. 971.

individualmente, signatários do acordo.²⁶⁵ Afirmou o Tribunal de Justiça no caso *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others*:²⁶⁶

With regard to Article 10 of the European Convention on Human Rights, referred to in the ninth and tenth questions, it must first be pointed out that, as the Court has consistently held, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. For that purpose the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories (see, in particular, the judgment in Case C-4/73 Nold v Commission [1974] ECR 491, paragraph 13). The European Convention on Human Rights has special significance in that respect (see in particular Case C-222/84 Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] ECR 1651, paragraph 18). It follows that, as the Court held in its judgment in Case C-5/88 Wachauf v Federal Republic of Germany [1989] ECR 2609, paragraph 19, the Community cannot accept measures which are incompatible with observance of the human rights thus recognized and guaranteed.

Do estágio de “direitos coerentes” com o ordenamento comunitário com o artigo 6.º do Tratado da União Europeia, os direitos fundamentais dispostos na Convenção passaram formalmente a integrar os *general principles of law* aceites pelos Estados-Membros da União.²⁶⁷ Em sede introdutória, o n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União associa as noções de direitos do homem e liberdades fundamentais, presentes na Convenção, aos ideais de Democracia e Estado de Direito, institutos classicamente tidos como essenciais à ordem jurídica comunitária: “A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros”.²⁶⁸ Enquanto o n.º 2 do artigo consolida o respeito da União aos direitos fundamentais à semelhança do que estabelece a Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4

²⁶⁵ Todos os Estados-Membros da União Europeia são signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; [Consult. 19 Maio 2010], disponível em WWW: <URL: <http://conventions.coe.int/>>.

²⁶⁶ Acórdão de 18 de Junho de 1991, processo C-260/89, Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-02925, parágrafo 41.

²⁶⁷ Tratado da União Europeia, cit. 50. O texto do artigo conforme aqui apresentado foi introduzido ao Tratado da União Europeia pelo Tratado de Amsterdão, cit. 4. Ver KORAH, Valentine, cit. 2, p. 269; WILS, Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 69.

²⁶⁸ Sobre os valores políticos comuns aos Estados-Membros, fruto de um longo processo de integração política que reflecte no âmbito dos direitos fundamentais praticados na União: “*The subject of this book brings together a number of threads which, however precariously, have brought developments in the ordering of international society that can only be described as spectacular if compared with the situation in 1945. One of these threads is European integration on a level to serve not only technical needs and economic interests, but also to embody a system of liberal values which crystallize centuries of political development*”; OVEY, Claire; WHITE, Robin C. A. – *The European Convention on Human Rights*, p. 3.

de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

Este dispositivo isoladamente interpretado não possui poder vinculativo sobre os regimes nacionais. O artigo integra os mandamentos da Convenção à ordem jurídica que disciplina os procedimentos no âmbito comunitário, o que significa, em matéria de concorrência, à ordem jurídica que disciplina os procedimentos da Comissão. Para que seja identificado o vínculo dos Estados-Membros quanto à aplicação dos direitos da Convenção, é preciso associar o artigo 6.º ao artigo 7.º do Tratado da União. O artigo 7.º estabelece que o Conselho pode determinar a existência de uma violação grave e persistente a um dos princípios constantes do n.º 1 do artigo 6.º por um Estado-Membro e, por esse motivo, suspender alguns dos direitos decorrentes do Tratado da União ao Estado-Membro em questão. O respeito pela Convenção é até mesmo pré-requisito para que um Estado se torne Membro da União,²⁶⁹ restando, portanto, inquestionável que a preocupação em assegurar o respeito aos Direitos do Homem nos moldes do documento é estendida às jurisdições nacionais.²⁷⁰

O Tribunal de Justiça afirma que os Estados-Membros têm por obrigação garantir o respeito aos direitos fundamentais em suas jurisdições quando agirem no emprego das leis comunitárias, e esclarece que “[...] *in situations when national legislation falls within the field of application of Community law, the ECJ will provide the interpretation concerning the compatibility of the Member State measure in light of fundamental rights standards of the European Union*”.²⁷¹ Entretanto, em regra, surge a dificuldade em determinar em quais casos os Estados-Membros estão a aplicar o direito comunitário ou somente o direito nacional.

²⁶⁹ Artigo 7.º do Tratado da União Europeia, cit. 50: “1. Sob proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão, o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após parecer favorável do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave de algum dos princípios enunciados no n.º 1 do artigo 6.º por parte de um Estado-Membro e dirigir-lhe recomendações apropriadas. [...] O Conselho verifica regularmente se continuam válidos os motivos que conduziram a essa constatação. 2. O Conselho, reunido a nível de Chefes de Estado ou de Governo e deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão, e após parecer favorável do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, de algum dos princípios enunciados no n.º 1 do artigo 6.º, após ter convidado o Governo desse Estado-Membro a apresentar as suas observações sobre a questão. 3. Se tiver sido verificada a existência da violação a que se refere o n.º 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação do presente Tratado ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e colectivas [...]”; artigo 49.º do Tratado da União Europeia, idem: “Qualquer Estado europeu que respeite os princípios enunciados no n.º 1 do artigo 6.º pode pedir para se tornar membro da União [...]”.

²⁷⁰ Ver Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 13 de Julho de 1989, processo 5/88, Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02609, parágrafo 9.

²⁷¹ Ver LINDFELT, Mats, cit. 263, p. 77. ECJ é a sigla de European Court of Justice – Tribunal de Justiça da União Europeia.

No âmbito do controlo da concorrência, a REC e o regime instaurado com a Reforma de 2004 vêm promovendo notório progresso no sentido da integração entre os Estados-Membros e da convergência das leis nacionais às directrizes jurídicas instituídas pela União, de modo que a aceitação e aplicação da legislação comunitária de concorrência no âmbito nacional, nomeadamente, dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, procede-se em atenção ao conteúdo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sempre que uma prática anti-concorrencial afectar o comércio entre os Estados-Membros, mas estiver em processamento por uma autoridade nacional da concorrência e não pela Comissão, há a obrigatoriedade em repreendê-la com o emprego dos artigos concorrenciais do Tratado, ainda que facultativamente também legislação nacional correspondente possa ser aplicada, surgindo, assim, um limite ténue entre o que se define por normas de direito nacional e por normas direito comunitário.

Em Dezembro de 2000, mais um documento foi integrado à legislação de defesa de direitos fundamentais. A Carta de Direitos Fundamentais foi proclamada em conjunto pelo Parlamento, Comissão e Conselho Europeus, em um primeiro momento, na condição de declaração política com força jurídica vinculativa, e em um segundo momento, acompanhada de considerações do Conselho a respeito da sua integração, ou não, aos Tratados Fundamentais.²⁷² Seu preâmbulo destaca que o documento segue, a modelo da Convenção de Direitos do Homem, as tradições constitucionalmente consolidadas e as obrigações internacionais (*general principles of law*) comuns aos Estados-Membros:

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Sendo assim, o desempenho das instituições signatárias da Carta, e toda a legislação ou propostas de regulação por elas produzidas, devem ser compatíveis com os direitos fundamentais. O Regulamento n.º 1/2003 e o pacote legislativo que o disciplina estão incluídos nesta regra. São normas emanadas do Conselho e Comissão Europeus com aval do Parlamento. Nesse contexto, pode-se afirmar que apesar de a Rede Europeia da Concorrência

²⁷² Idem, p. 222. O autor refere-se ao processo de integração entre a Carta de Direitos Fundamentais, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e o Tratado da União Europeia, que seria promovido pelo Tratado Constitucional da União, assinado em Outubro de 2004, que não entrou em vigor em decorrência da rejeição de França e Países Baixos em 2005. Informações concedidas em “Europa - Gateway to the European Union”- [Consult. 20 Maio 2010], disponível em WWW: <URL: http://europa.eu/index_en.htm>. CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 18 de Dezembro de 2000, cit. 125. Ver também PEERS, Steve; WARD, Angela eds. – *The European Union Charter of Fundamental Rights*; e HERVEY, Tamara K.; KENNER, Jeff eds. – *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*.

não ser uma entidade formal constituinte do quadro de instituições da União, é regulamentada por uma Comunicação da Comissão, e deve, por essa razão, juntamente com seus membros, obediência ao que determina a Carta de Direitos Fundamentais.²⁷³ É o disposto no Considerando (37) do Regulamento n.º 1/2003: “O presente regulamento respeita os direitos fundamentais e observa os princípios gerais reconhecidos, nomeadamente, na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Assim, nada no presente regulamento deverá ser interpretado e aplicado como afectando esses direitos e princípios”.

Seguindo essa lógica, é correcto asseverar que a REC e seus membros devem obediência à Convenção dos Direitos do Homem. A Carta representa a ratificação formal das instituições europeias aos direitos defendidos na Convenção, logo, a força vinculativa da Carta é mais abrangente que a da Convenção. De facto, a Carta tem a função de assegurar a vigência efectiva da Convenção na União, e o faz determinando a observância dos direitos nela (Convenção) previstos. O n.º 3 do artigo 52.º da Carta dispõe:

Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

A Carta não cria “novas protecções a novos direitos” além daqueles já protegidos pela cognição entre a Convenção de Direitos do Homem, o n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia e a jurisprudência essencialmente do Tribunal de Justiça.²⁷⁴ Como resultado, tem-se que, se um direito fundamental consagrado na Carta corresponde a um direito garantido pela Convenção, essa serve como mínimo para determinar o alcance e o significado do direito em questão. A Carta, que faz parte do direito da União, deve, portanto, prever uma protecção mais extensa desse mesmo direito.²⁷⁵

Esclarecidos os documentos base da protecção aos direitos fundamentais na União Europeia, e que esses documentos também compõem a legislação disciplinadora do controlo comunitário, resta analisar de que forma a REC se mostra como um instrumento a serviço da

²⁷³ COMMUNICATION from the Commission: Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission Legislative Proposals, de 27 de Abril de 2005, COM(2005) 172 final.

²⁷⁴ A respeito da codificação dos direitos do Homem/ direitos fundamentais definidos inicialmente pelo Tribunal de Justiça afirma Lindfelt, Mats, cit. 264, p. 263: “*The potencial for recognising what is now codified in the Charter has always been there on the basis of article 6 (2) of the TEU, but one must take into account the way this “unwritten” bill of rights has been developed on a case-by case basis and has been interpreted by the ECJ according to the particularities of a specific case. The codification of this “unwritten bill of rights” may not be revolutionary as such, but at least it makes fundamental rights more visible rather than simply leaving it to the ECJ to develop fundamental rights on the basis of vague references to external sources*”. Consultar também PEERS, Steve; WARD, Angela eds., cit. 272, p 3 ss.

²⁷⁵ Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 70.

garantia dos direitos estabelecidos na Convenção e na Carta, sem perder de vista a uniformidade e a efectividade do controlo de concorrência realizado por diferentes legislações procedimentais e de aplicação de sanção. Como é possível a Rede administrar um regime de competências paralelas conjugado a um regime vertical de competências entre variados níveis de protecção aos direitos fundamentais garantidos na Convenção e na Carta? Como resposta ao questionamento foram eleitos os três seguintes direitos fundamentais tidos como de protecção prioritária pela REC.²⁷⁶

3.3.1) Direito a um Processo Equitativo e à Prova Justa

A protecção aos direitos de defesa nos Estados-Membros apresenta níveis variados. É possível demonstrar a diversidade de protecção diante da análise de institutos do Devido Processo Legal como o tempo e os termos das oportunidades de manifestação orais e escritas dos acusados, as duas variantes elementares do Direito a um Processo Equitativo e do Direito à Prova Justa.²⁷⁷ No entanto, como elucidado anteriormente, dentro da União há um nível mínimo de salvaguarda dos direitos fundamentais de defesa que deve ser atendido pelo âmbito procedimental Comunitário e pelos Estados-Membros.

O grande impasse quanto à constatação se o controlo da concorrência segue os mandamentos mínimos do Devido Processo Legal diz respeito à variedade de sistemas institucionais que actuam na execução pública dos artigos 101.º e 102.º do Tratado. Na esfera comunitária, uma entidade de natureza administrativa, a Comissão, reúne poderes de investigação, legitimidade para formular acusações em nome da União e função decisória sobre cada um dos processamentos contra infracções à concorrência.²⁷⁸ Esta realidade faz surgir o debate sobre a compatibilidade do rito administrativo comunitário com o n.º 1 do artigo 6.º da Convenção de Direitos do Homem, pois o exercício simultâneo das funções de

²⁷⁶ Para um estudo mais completo, além dos três direitos eleitos neste trabalho em função da grave ameaça que sofrem pelo regime cooperativo de protecção à concorrência, ver: DIJK, Pieter van; HOOFF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo eds., cit. 111; HERVEY, Tamara K.; KENNER, Jeff eds., cit. 272; PEERS, Steve; WARD, Angela eds., cit. 272; VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François, cit. 264.

²⁷⁷ De acordo com o que estabelece o n.º 3 do artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem: “O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender - se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer - se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

²⁷⁸ Para Wils, de facto, a Comissão não detém a função de acusação formal: “[...] *it could be argued that in the system of Chapters III, V and VI of the Regulation there is no really a prosecutorial function, only investigative and adjudicative functions. The prosecutorial function only emerges in a system in which the adjudicative function is separated from the investigative function*”; idem, nota n.º 242, p. 46.

acusação e de julgamento não é inerente à natureza de um órgão administrativo.²⁷⁹ O acúmulo sobre o mesmo ente das funções de acusar e de “dizer o direito” é, em primeira análise, inaceitável conforme o imposto pela Convenção.²⁸⁰

Artigo 6.º – Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

O artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais complementa:

Direito à acção e a um tribunal imparcial. Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo [...].

Entretanto, o quadro de instâncias de decisão do âmbito comunitário torna-se plenamente aceitável quando comparado com os artigos apenas apresentados, pois não permite à Comissão “dizer definitivamente o direito”. Das decisões da Comissão cabe recurso ao Tribunal Geral, sempre que os acusados almejem ver revistas questões de facto e/ou de mérito (coerência da aplicação das normas ao caso concreto),²⁸¹ e ao Tribunal de Justiça, quando estiverem em discussão questões de direito ainda não consolidadas e a pertinência ou

²⁷⁹ “On the one hand, it is settled case law that procedures before the Commission in general, and procedures concerning the application of Articles 81 and 82 in particular, are administrative procedures, even if they may lead to the imposition of fines. Legally speaking, this approach makes sense insofar as the Commission is part of the Community executive. The Commission is therefore an administrative institution and cannot be regarded as a ‘tribunal’ within the meaning of Article 6 (1) ECHR. On the other hand, as Advocate General Vesterdorf pointed out, competition cases ‘broadly exhibit the characteristics of a criminal law case’”, VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François, cit. 264, p. 976.

²⁸⁰ Sobre a aplicação dos princípios previstos no artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem, ver LENAERTS, Koen; VANHAMME, Jan, cit. 180, p. 555 ss.

²⁸¹ A respeito da extensão da competência do Tribunal Geral para revisar as decisões da Comissão em matéria de concorrência, afirma Korah: “The CFI’s jurisdiction is only to review Commission decisions to ensure that they are not in manifest error and that they adequately state the reasons on which they are based. It does not have jurisdiction to rehear the case on the merits (1.4.3.2 above). Arguably, there is no court or tribunal and the Commission’s procedure does not provide a fair trial.”⁸¹ The counter-argument is the jurisdiction of the CFI goes beyond ‘manifest error’. This may encourage the CFI to review Commission decision as fully as possible”; KORAH, Valentine, cit. 2, p. 270. CFI é a sigla de Court of First Instance/ Tribunal de Primeira Instância, actual Tribunal Geral, ver cit. 201. A presente análise considera prevalente o que a autora denomina como contra-argumento (“counter-argument”).

proporção da sanção pecuniária compulsória aplicada a nível nacional. Determina o Considerando (33) do Regulamento n.º 1/2003, com confirmação no artigo 31.º:

(33) Uma vez que todas as decisões aprovadas pela Comissão em aplicação do presente regulamento estão sujeitas ao controlo do Tribunal de Justiça nas condições definidas no Tratado, convém, em aplicação do seu artigo 229.º, prever a atribuição ao Tribunal de Justiça da competência de plena jurisdição no que se refere às decisões pelas quais a Comissão aplica coimas ou sanções pecuniárias compulsórias.

Artigo 31.º **Controlo pelo Tribunal de Justiça.** O Tribunal de Justiça conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória. O Tribunal de Justiça pode suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada.

Em 2009, no *Report on the functioning of Regulation 1/2003*, a Comissão relatou que, no âmbito dos recursos interpostos contra as suas decisões perante os tribunais da União, foram suscitadas e rejeitadas questões que colocavam à prova a compatibilidade do sistema administrativo comunitário de controlo de concorrência com os direitos de defesa das partes no processo. Os tribunais afirmam a satisfação dos requisitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem coaduna da mesma posição, afirmando que a adjudicação administrativa mesmo de certas matérias qualificadas como “penais”, na acepção do artigo 6.º da Convenção, não é incompatível com os direitos a ampla defesa, desde que o interessado possa trazer a decisão que o afecta perante um órgão judicial que tem plenos poderes, inclusive o poder de anular o procedimento administrativo em todos os aspectos, sobre questões de facto e de direito.²⁸²

Para Andreangeli, a possibilidade de revisão total ou até mesmo de anulação do procedimento administrativo pelo Tribunal de Justiça garante a manutenção de um nível mínimo de protecção aos direitos fundamentais na esfera de actuação da Comissão e das autoridades da concorrência ao aplicarem normas comunitárias ou normas nacionais com o mesmo sentido de normas comunitárias, como no caso da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado e das regras que permitem sua afectiva execução. O Tribunal de Justiça define o patamar mínimo de protecção dos direitos fundamentais a ser respeitado quando da aplicação dos artigos concorrenciais do Tratado em ambas esferas, de modo que até que se proceda a total harmonização procedimental entre os Estados-Membros, a forma mais viável de garantir

²⁸² COMMISSION Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit. 20, p. 20. Ver acórdãos em matéria de concorrência do Tribunal Europeu dos Direitos Homem neste sentido: *Le Compte, Van Leuren and De Meyere v. Belgium*, of 23 June 1981, application n.º 6878/75, 7238/75, published in A/43, paragraph 51; *Albert and Le Compte v. Belgium*, of 1 February 1983, application 7299/75, 7496/76, published in A/58, paragraph 29; *Öztürk v. Germany*, of 21 February 1984, application 8544/79, published in A/73, paragraph 56; *Bendenoun v. France*, of 24 February 1994, application 12547/86, published in A/284, paragraph 46.

que os investigados gozem desse patamar mínimo e equivalente no interior da UE é através da REC.²⁸³

Os regimes nacionais não seguem necessariamente o comunitário. Algumas das autoridades nacionais detêm funções semelhantes às da Comissão. É o caso da autoridade alemã (*Bundeskartellamt*), da espanhola (*Comisión Nacional de la Competencia*) da italiana (*Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*), e da portuguesa (Autoridade da Concorrência), que combinam as funções de investigadoras, acusadoras e decisoras sobre os casos de violação aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, com a possibilidade de recurso a um tribunal que preenche os requisitos exigidos pelo artigo 6.º da Convenção.²⁸⁴ Outros Estados-Membros, como em Áustria (*Bundeswettbewerbshörde*), em França (*Autorité de la concurrence*), Irlanda (*The Competition Authority*) no Reino Unido (*Office of Fair Trading*), optam por separar a função decisória das funções investigatória e acusatória, isso porque seus tribunais interpretam, em relação ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mais rigorosamente as exigências do artigo 6.º da Convenção, ou porque a legislação ou a política de concorrência assim o exigem.²⁸⁵

Os Estados-Membros da União, ainda que de diferentes modos, garantem aos acusados de práticas anti-concorrenciais o direito a recorrer a uma esfera judicial revisional, de apelar à instância judiciária competente para revisão, mas esse facto não significa a uniformização dos efeitos que estas decisões revisionais têm sobre a suspensão ou não das sanções impostas pela decisão decorrida. Em alguns Membros, é prevista a suspensão automática da decisão e suas consequências (multas, medidas provisórias, etc.) tão logo as empresas desafiem sua validade e pertinência. Em outros, a suspensão só é possível mediante pedido específico do destinatário

²⁸³ ANDREANGELI, Arianna, cit. 178, p. 220. Dr. PhD. Arianna Andreangeli é Professora de Direito da *Liverpool Law School – University of Liverpool*. A autora também levanta uma questão jurisdicional importante gerada na hipótese de tomada da competência sobre procedimentos iniciados por autoridades nacionais nos termos do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003: “*Nevertheless, it could be argued that the adoption of this solution does not eliminate all doubts concerning the compatibility of the Community level of protection with the right to a ‘fair procedure’ with the European Convention on Human Rights. As regards case allocation, some commentators criticised the possibility of seizing jurisdiction on antitrust cases pending before the NCAs conferred on the Commission by Article 11 (6) and argued that, since the EC is not a party to the Convention, the relocation of cases to Brussels would result in preventing the investigated firms from accessing the Strasbourg Court*”, *idem*, p. 220-1.

²⁸⁴ Em decorrência da barreira linguística que limita a compreensão dos regimes dos 27 Estados-Membros, as autoridades referidas são apenas exemplos de entidades administrativas de concorrência que possuem ou não a mesma conjunção de funções da Comissão, o que implica na possibilidade de existência de outras autoridades na mesma posição.

²⁸⁵ Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 47. Para mais informações sobre as legislações que disciplinam as autoridades de concorrência dos Estados-Membros, consultar o portal à internet da Comissão, na secção destinada à REC: [Consult. 22 Maio 2010], disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html >.

da decisão. Há também Membros que prevêm a suspensão somente em circunstâncias excepcionais.²⁸⁶

Neste ponto, é preciso dizer que o Regime instaurado em 2004 e a Rede Europeia da Concorrência ainda não foram capazes de promover maior nível de certeza aos acusados quanto aos efeitos intermediários entre a decisão recorrida e o acórdão revisor.²⁸⁷ Os Relatórios da Comissão sobre Política da Concorrência dos últimos anos não apresentam dados de convergência a esse respeito, sequer a literatura. A influência da Rede a ser considerada como força positiva no sentido da diminuição da incerteza é exercida pelo sistema de atribuição de casos operado dentro dela. Através desse sistema, as autoridades nacionais da concorrência, por mais que não sejam obrigadas, realizada a atribuição da competência sobre um caso a uma autoridade da concorrência de um Estado-Membro, as demais autoridades comprometem-se a suspender ou encerrar procedimentos que hajam eventualmente iniciado contra a mesma infração.

A reatribuição é possível, mas nessa hipótese, pesa sobre a primeira autoridade competente o compromisso de terminar, encerrar definitivamente, o processamento já iniciado. Mesmo o processamento paralelo por duas ou três autoridades nacionais não oferece risco considerável à previsibilidade dos efeitos das decisões iniciais. A atribuição de casos é sempre realizada na fase primária das investigações, e caso duas ou três autoridades sejam igualmente bem posicionadas e necessárias para a efectiva penalização da infração, os acusados tomarão conhecimento tempestivo dos processamentos paralelos. Contudo, até Abril de 2010, apenas um caso de processamento paralelo foi registado pela REC.²⁸⁸

Os dados dos primeiros anos de actividade da Rede demonstram também que a possibilidade de tomada da competência de uma autoridade nacional da concorrência pela Comissão não deve ser temida. Até a data acima aludida, a Comissão não usou desse recurso a ela concedido pelo n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003, o que demonstra a sua preocupação em ver as autoridades nacionais acumularem experiências, e em não interferir no

²⁸⁶ EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 479-480. Segundo Dennis Waelbroeck, autor do artigo constante da edição em questão: Alemanha, Itália e Portugal prevêm a suspensão imediata da sentença recorrida e seus efeitos; em Bélgica, Espanha, França, Grécia, Irlanda e Suécia exigem pedido específico dos acusados para que promovam a suspensão; e em Países Baixos, por exemplo, a suspensão é procedida apenas em circunstância excepcionais. Sobre o Prof. Waelbroeck ver item 2.3.3, acima.

²⁸⁷ A questão da contribuição da Reforma para a Segurança Jurídica dos acusados em procedimentos concorrenciais é discutida desde o período orientada à Reforma; ver Prof. Ian Forrester – *The Modernisation of EC Antitrust Policy: Compatibility, Efficiency and Legal Security* e Prof. Barry Hawk – *The Development of Articles 81 and 82: Legal Certainty*, in EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2000, cit. 56. A comunidade jurídica discute como a Modernização do Regime de Controlo da Concorrência pode solucionar esse impasse, se impondo a total uniformização legislativa ou não.

²⁸⁸ Ver item 2.3.1) Atribuição de casos na REC.

nível de confiança dos agentes de mercado em relação à atribuição de casos dentro da REC e ao regime comunitário de controlo da concorrência como um todo. Desse modo, as hipóteses apenas elucidadas indicam que os acusados, desde a fase inicial das investigações, já são cientes de qual regime de aplicação de sanção entre a primeira decisão administrativa e a decisão reformadora incidirá sobre o caso.

O desempenho da REC em matéria de garantia do Devido Processo legal pode ser da mesma forma avaliado com a análise do regime de colheita de provas do controlo de concorrência em vigor. O recolhimento e utilização de provas pela Comissão e pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência diferem entre si quanto ao tipo de provas que podem ser legalmente recolhidas, ou o modo empregado para o recolhimento. A Rede permite que a troca de informações e evidências prevista no artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 obedeça a regras concretas, que se desrespeitadas suscitam o direito de contestação pelos acusados. Trata-se do Direito à Prova Justa.

A Comunicação sobre a Cooperação na REC ampara as duas dimensões de produção e troca de meios de prova entre autoridades da concorrência (incluída a Comissão) dentro da Rede: contra pessoas jurídicas e contra pessoas singulares, conforme dispõem os parágrafos 27 e 28. O termo “informação” trazido pelos parágrafos referentes a esse direito deve ser entendido como “evidência”, até mesmo porque a essência do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 consiste na regulamentação de quaisquer intercâmbios relativos a acusados realizados entre as autoridades. O parágrafo 27 da Comunicação cuida do Direito à Prova Justa das companhias, determinado a precedência do artigo 12.º sobre a qualquer norma nacional que o contrarie, e que a prova (informação) será legal quando a autoridade transmissora a recolheu legalmente nos termos da sua legislação nacional.

O parágrafo 28 elege três elementos como objetos de salvaguarda dentro do sistema de intercâmbio de informações segundo o artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003: o sigilo profissional, a empresa e a pessoa singular. Destaca-se a alínea c) que estabelece não ser possível a aplicação de sanções a pessoas singulares com base em evidências recebidas de outras autoridades da concorrência, se a legislação do Estado-Membro transmissor e do Estado-Membro receptor não previrem sanções semelhantes para as pessoas singulares. Logo, a troca de meios de provas relativas a pessoas singulares só é permitida se a colheita dessas evidências no Estado-Membro transmissor tiver sido realizada respeitando ao mesmo nível de

protecção aos direitos dos acusados - pessoas singulares garantido no Estado-Membro receptor.²⁸⁹

Semelhante garantia concede a Comunicação sobre a Cooperação na REC no âmbito da realização de inspecções. No intuito de promover o equilíbrio entre as prerrogativas das autoridades e a dos acusados, em contrapartida ao princípio da assistência mútua entre os Membros da Rede para a recolha de provas, segundo o qual uma autoridade pode, a pedido da Comissão ou da autoridade da concorrência de outro Estado-Membro, proceder às medidas de inspecção em seu território, a Comunicação estabelece que as medidas devem ser realizadas conforme permite a legislação do Estado-Membro da autoridade executora. A determinação de uma regra concreta representa certa segurança às companhias, pois sabem que podem sofrer inspecções nos Estados nos quais possuem actividades, sem que para tanto seja necessária a imposição de convergência legislativa.

3.3.2) Direito à Protecção à Vida e à Propriedade

O procedimento administrativo de combate as violações à concorrência é considerado de natureza criminal em decorrência de seu objectivo final, em regra, de impor sanção.²⁹⁰ Aos procedimentos criminais é inerente o princípio da presunção de inocência, e em matéria de concorrência, o Tribunal de Justiça ratificou esta lógica no caso *Hüls AG v. Commission*.²⁹¹

Importa igualmente admitir que, atenta a natureza das infracções em causa, bem como a natureza e grau de severidade das sanções aplicáveis, o princípio da presunção de inocência aplica-se aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas susceptíveis de conduzir à aplicação de multas ou de sanções pecuniárias compulsórias (v., neste sentido, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdãos Öztürk de 21 de Fevereiro de 1984, Série A, n.º 73, e Lutz de 25 de Agosto de 1987, Série A, n.º 123-A).

Os acusados de práticas anti-concorrenciais, portanto, são considerados inocentes até que a Comissão ou uma autoridade da concorrência de um Estado-Membro prove o contrário.²⁹² Até a decisão de imposição de sanção, as companhias e pessoas singulares devem ser consideradas entes em pleno gozo de direitos, dentre os quais o direito à protecção à vida e à propriedade nos termos do artigo 8.º e do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção dos Direitos do Homem:

²⁸⁹ O tema troca de informações e suas implicações nos direitos dos acusado foi tratado no tópico 3.1, acima.

²⁹⁰ KORAH, Valentine, cit. 2, p. 270.

²⁹¹ Hüls AG v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça, de 8 de Julho de 1999, processo C-199/92 P, Colectânea da Jurisprudência 1999 página I-04287.

²⁹² Aplica-se o mandamento disposto no n.º 2 do artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem ao processamento administrativo sobre infração à concorrência: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Artigo 8º – Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 1º – Protecção da propriedade. Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.

A relação da REC com o respeito aos direitos de protecção à vida e à propriedade consiste na técnica de colecta conjunta de provas entre os Estados-Membros que ela instaurou. A Rede é o meio de junção dos recursos dos Membros para serem aplicados em caso de atentado à concorrência em todos os pontos do Mercado Comum, estando o atentado presente em apenas um ou em vários pontos. Essa dinâmica configura, ao mesmo tempo, importante impulso na capacidade probatória das autoridades administrativas e ameaça à segurança jurídica dos acusados.

Desse modo, a utilização de dados recolhidos pelas autoridades da concorrência, isolada ou em cooperação com o demais Membros da Rede,²⁹³ sofre restrições para atender às determinações dos dispositivos da Convenção já expostos e os seus equivalentes na Carta dos Direitos Fundamentais:

Artigo 7.º **Respeito pela vida privada e familiar.** Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 17.º **Direito de propriedade.** 1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral. 2. É protegida a propriedade intelectual.

Em um procedimento como o administrativo da concorrência que visa penalizar infractores, há que ser respeitada a presunção de inocência dos investigados, primordialmente, o direito pleno à vida e à propriedade inerentes a todos indivíduos ainda não condenados por sentença com trânsito em julgado – sejam eles pessoas jurídicas, naturais ou naturais integrantes de jurídicas (que carregam a responsabilidade sobre a conduta de uma companhia). O termo “vida privada” abrange tanto a esfera pessoal quanto a profissional,

²⁹³ Lembrando que os indícios recolhidos autonomamente pelas autoridades também são disponibilizados para uso dos demais membros da Rede; ver tópico 3.1.2, acima.

segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para o Tribunal, o termo não permite definição exaustiva e inclui, definitivamente, as actividades de natureza profissional e de natureza comercial.²⁹⁴ As actividades profissionais (profissionais liberais) e a actividades comerciais que desempenham na vida pessoal de um investigado uma função de difícil separação entre as esfera pessoal e a profissional, são amparadas pelo Tribunal dos Direitos dos Homens como invioláveis, naturalmente, também em matéria de concorrência. Não cabe às autoridades da concorrência dos Estados-Membros violar a vida íntima e a propriedade em busca de indícios comprobatórios de violações à concorrência, incluídas as actividades e instalações de natureza profissional ou empresarial intimamente ligadas à vida privada, em consonância com o artigo 8.º da Convenção que protege o indivíduo contra a eventuais interferências arbitrárias das autoridades públicas.²⁹⁵

3.3.3) Direito ao *ne bis in idem*

A garantia explícita do Princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico comunitário foi introduzida pelo artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homens, de 22 de Novembro de 1984.²⁹⁶ O parágrafo 1 do artigo determina: “Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”.

O direito a não ser punido mais de uma vez por uma mesma infracção é relativizado pelo texto da Convenção ao referir-se a “jurisdições do mesmo Estado”. Entende-se nesse contexto que é permitida a punição do mesmo acto infraccional por vários Estados, o que é confirmado com a leitura do parágrafo 2 do mesmo artigo: “As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento”. A reabertura no mesmo Estado

²⁹⁴ Ver acórdãos do referido tribunal: P.G. and J.H. v. The United Kingdom, of 24 September 2001, application 447877/98, paragraph 56; e Harold v. United Kingdom, of 25 June 1997, published in reports 1997-III, paragraph 44. Importante destacar que o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens nem sempre se posicionou no sentido do reconhecimento da privacidade das actividades profissionais e comerciais estritamente ligadas às esfera pessoal, como em: Niemietz v. Germany, of 16 December 1992, application 13710/88, published in A 251-B, paragraph 29.

²⁹⁵ DIJK, Pieter van; HOOFF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo eds., cit. 111, p. 723.

²⁹⁶ European Treaty Series n.º 117. Até Abril de 2010, dos 27 Estados-Membros da União, somente o Reino Unido ainda não assinou o Protocolo n.º 7 da Convenção; e Alemanha, Bélgica e Países já haviam assinado, mas não ratificado o referido Protocolo; [Consult. 25 Maio 2010], disponível em WWW: <URL: <http://conventions.coe.int/>>. Sobre a previsão do princípio *ne bis in idem* na União Europeia antes do Protocolo n.º 7 da Convenção, ver SPECHT, Britta – Die Zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz, p 47-49.

de um processo criminal sobre o mesmo facto é possível mediante o aparecimento de novas provas não conhecidas ao tempo do primeiro processo.

O artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais resolve este impasse: “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”. Sendo o documento de natureza basilar para o regime jurídico que rege a União, não há margem de dúvida para a interpretação que afirma ser a decisão de imposição de sanção tomada sob a jurisdição de um Estado-Membro válida como coisa julgada em todos os Estados-Membros e a nível comunitário.

Sendo assim, diante da reciprocidade de aceitação de decisões sancionatórias entre os Estados, somada à força cooperativa que reúne os Estados em um Bloco e que os faz flexibilizar a soberania da jurisdição em matéria penal, principalmente, em áreas ligadas à regulação de Mercado e políticas económicas em geral, os Estados-Membros reconhecem entre si, e com a esfera comunitária, as decisões administrativas e judiciais emitidas por suas autoridades no âmbito do controlo da concorrência. Em análise da incorporação dos efeitos de decisões penais em geral entre os Estados-Membros da União afirma Specht.²⁹⁷

Dennoch ist es inzwischen auch im zwischenstaatlichen Bereich teilweise gelungen, die Anwendung des Doppelstrafverbotes zu etablieren. Dies gilt vor allem für die europäischen Staaten, die die Durchsetzung eines zwischenstaatlichen ne bis in idem zur Grundlage weiterer strafrechtlicher Zusammenarbeit gemacht haben.

Esclarecido o dever de praticar o princípio *ne bis in idem* pelos Estados-Membros, resta conferir como ele se estende ao controlo administrativo da concorrência pela Comissão e autoridades nacionais, e qual a contribuição da Rede Europeia da Concorrência para a garantia do princípio.

No que se refere à interpretação da natureza jurídica dos procedimentos de imposição de pena pelas autoridades administrativas, se de natureza criminal ou não, é preciso, primeiramente, assinalar a inexistência de um ordenamento jurídico penal europeu condensado, codificado e comum a todos os Estados-Membros, ao qual seria possível recorrer para a verificação se em seu conteúdo há referência à aplicação de pena no âmbito da política de concorrência. Entretanto, algumas áreas das actividades de imposição de sanções recebem regulamentação ditada pela União, com força de adopção obrigatória por todos os Estados-Membros. É o caso do regime de repressão às condutas anti-concorrenciais praticadas por

²⁹⁷ Idem, p. 55. Dra. Britta Specht foi pesquisadora assistente do Max-Planck-Institut em Heidelberg, no direito público e direito internacional, entre os anos de 1996 e 1999, período no qual trabalhou e publicou a obra aqui citada.

organizações empresariais, no qual o Conselho e a Comissão exercem o poder de legislar os patamares mínimos de compromisso das autoridades responsáveis em matéria de concorrência (incluídos os tribunais nacionais), e de garantia dos direitos dos indivíduos sujeitos a imposição de sanção.²⁹⁸

Embora o n.º 5 do artigo 23 do Regulamento n.º 1/2003 determine que as decisões através das quais a Comissão impõe sanção às companhias violadoras da concorrência não sejam de carácter penal, este não é o entendimento que prevalece para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O Tribunal afirma que toda a norma, com propósito preventivo ou punitivo, que imponha sanção tão severa quanto as usualmente denominadas penais, assim também serão denominadas. Nas palavras do Tribunal:²⁹⁹

[...] it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very nature of the offence is a factor of greater import.

[...] also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental.

A severidade das sanções aplicadas às violações dos artigos 101.º e 102.º do Tratado pelos procedimentos previstos no Regulamento n.º 1/2003 e seu pacote legislativo complementar correspondem a uma carga maior que a usualmente aplicada às penas por infracções disciplinares no interior da União (“[...] *must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of various Contracting States*”), e por isso não há dúvida quanto à “carga criminal” que carrega.³⁰⁰ As infracções à concorrência na União são tão severamente penalizadas, que geram sanções pecuniárias calculadas com base em um factor económico-financeiro vital para qualquer organização empresarial: os lucros.³⁰¹

²⁹⁸ Specht compartilha da interpretação que defende a aplicação do princípio *ne bis in idem* aos procedimentos administrativos em matéria de concorrência: “*Dennoch sind die der EG im Wettbewerbsrecht gegebenen Eingriffsbefugnisse denen einer Geldstrafe im Strafverfahren soweit verwandt, daß eine entsprechende Anwendung der ne bis in idem-Gewährleistung naheliegt.*”²⁰⁷ *Auch die Auseinandersetzung des EuGH mit Fragen der Anwendung eines Doppelsanktionsverbots im Verwaltungsverfahren verspricht Erkenntnisse für die Frage der internationalen Behandlung von ne bis in idem-Gewährleistungen im weiteren Sinne*”; idem, p. 76. As siglas EG e EuGH significam, respectivamente Europäische Gemeinschaften/ Comunidades Europeias e Europäischer Gerichtshof/ Tribunal de Justiça da União Europeia.

²⁹⁹ Engel and others v. The Netherlands, of 8 June 1976, application 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, published in A 22, paragraph 82.

³⁰⁰ Ver *Criminal Charge* em DIJK, Pieter van; HOOF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo eds., cit. 111, p. 539 ss.

³⁰¹ Nos termos do n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003: “A Comissão pode, mediante decisão, aplicar coimas às empresas e associações de empresas sempre que, deliberadamente ou por negligência: a) Cometam uma infracção ao disposto nos artigos 81.º ou 82.º do Tratado; ou b) Não respeitem uma decisão tomada nos

Complementarmente, o Tribunal dos Direitos Humanos esclarece que a natureza criminal da infracção não pode ser determinada pela jurisdição onde é cometida. Não é o legislador nacional que decide se a ofensa detém natureza penal, e sim a comparação da ofensa com aquelas tidas como meramente disciplinares e com as consideradas penais, para a constatação da equivalência com um tipo ou outro. Esse conceito aplica-se aos Estados-Membros e ao nível comunitário. Parlamento, Conselho e Comissão Europeus, ou os Estados-Membros, normalmente, dizem em lei a gravidade da infracção e da respectiva pena, conforme julgam eficiente para a prevenção e punição dos violadores da ordem jurídico-económica comunitária, mas a real severidade de uma violação e sua pena é definida por sua comparação com o ideal de natureza criminal constante do artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem.³⁰²

O Tribunal de Justiça da União Europeia, desde 1969 com o acórdão do caso *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, reconhece o emprego do princípio *ne bis in idem* ao processamento em sede administrativa dos atentados à concorrência, no entanto, a interpretação proferida na decisão, segundo a qual o princípio seria respeitado com a redução proporcional ao valor da primeira do montante da segunda pena a ser imposta sobre o mesmo caso, foi posteriormente sobreposta por entendimento contrário do Tribunal dos Direitos do Homem. O Tribunal de Justiça concluía:³⁰³

The acceptability of a dual procedure of this kind follows in fact from the special system of the sharing of jurisdiction between the Community and the Member States with regard to Cartels. If, however, the possibility of two procedures being conducted separately were to require the requirement of natural justice, [...] demands that any previous punitive decision must be taken into account in determining any sanction which is to be imposed.

Em 2001, no caso *Franz Fischer v. Austria*,³⁰⁴ o mesmo Tribunal definiu a questão impondo como consequências do princípio não só a proibição de condenações múltiplas, mas

termos do artigo 8.º que ordene medidas provisórias; ou c) Não respeitem um compromisso tornado obrigatório por decisão tomada nos termos do artigo 9.º. A coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infracção não deve exceder 10% do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente. Quando a infracção cometida por uma associação se referir às actividades dos seus membros, a coima não deve exceder 10% da soma do volume de negócios total de cada membro activo no mercado cujas actividades forem afectadas pela infracção da associação”. A respeito da diversidade dos parâmetros de cálculo das sanções pecuniárias e matéria de concorrência nos Estados-Membros, ver 2.3.4, acima.

³⁰² Ver acórdão *Öztürk v. Germany*, cit, 279, parágrafos 50 e 52: “Having thus reaffirmed the “autonomy” of the notion of “criminal” as conceived of under Article 6 (art. 6), what the Court must determine is whether or not the “regulatory offence” committed by the applicant was a “criminal” one within the meaning of that Article (art. 6). [...] In any event, the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value”.

³⁰³ *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 13 de Fevereiro de 1969, processo 14-68, Colectânea da Jurisprudência 1969 página 00001, parágrafo 11.

³⁰⁴ *Franz Fischer v. Austria*, of 26 April 1995, application 16922/90, published in A 312.

também a proibição de processamentos múltiplos contra a mesma ofensa. Implica dizer que o artigo 13.º do Regulamento n.º 1/2003 já surge (em 2004) com vício de legalidade. O artigo diz ser facultativa a suspensão ou encerramento por autoridades nacionais ou pela Comissão de processos já desenvolvidos em outros Estados-Membros. O Considerando 18 do Regulamento declara, contrariamente ao artigo 13.º, a intenção do documento em primar pelo processamento único em toda a União, “por forma a que cada processo apenas seja apreciado por uma única autoridade”, no entanto, somente o início de processamento pela Comissão gera obrigação de encerramento de eventuais procedimentos em curso nos Estados-Membros contra a mesma violação nos termos do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003.³⁰⁵

Autoridades responsáveis em matéria de concorrência ao processarem acordos ou práticas previstas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado são obrigadas, por força do artigo 3.º do Regulamento, a aplicarem exactamente os artigos 101.º e 102.º do Tratado, ainda que simultaneamente possam aplicar a legislação nacional correspondente. Essa imposição permite que as violações aos artigos concorrenciais do Tratado sejam processadas diversas vezes por atentarem contra as mesmas normas jurídicas apenas transcritas pelas diversas jurisdições.³⁰⁶

Conclui-se que a ameaça ao direito *ne bis idem* não reside no sistema de divisão vertical de competências em funcionamento na REC, de acordo com o qual a Comissão ocupa posição superior de controlo sobre as actividades das autoridades nacionais e pode, por isso, tomar-lhes definitivamente o processamento de um caso. A ameaça está presente no sistema de competências paralelas pois ele confunde as noções de “estreita cooperação” e “assistência mútua” entre as autoridades responsáveis em matéria de concorrência.³⁰⁷ Para a estreita cooperação entre autoridades bastaria um procedimento único sob a responsabilidade de um Estado-Membro com a possibilidade de, a qualquer momento e sem resistências, recorrer aos demais Estados-Membros para procedimentos de investigação. É o que ocorre, por exemplo,

³⁰⁵ Ver item 1.2.1, acima. O n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003 estabelece que “O início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos 81.º e 82.º do Tratado [...]”. Ver também número 3.2 da Comunicação sobre a cooperação na REC, cit. 26.

³⁰⁶ Ver 2.1, acima.

³⁰⁷ Para a melhor compreensão da diferença entre os termos “cooperação” e “assistência” faz-se necessário o recurso ao Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales – Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objectiva, 2001. ISBN 85-7302-383-X): “assistência s.f. [...] 1 ato ou efeito de assistir [...] 9 JUR modalidade de intervenção de terceiro, no pleito, tanto para zelar por seus interesses, como para proteger os interesses de quem está sob sua guarda ou proteção; assistir v. 5 t.i. prestar auxílio ou assistência a; ajudar, socorrer [...] 7 t.i. acompanhar, esp. em ato público, na qualidade de ajudante ou assessor [...]; cooperação s.f. [...] ato ou efeito de cooperar. ETIM lat. [...] ‘auxílio, colaboração’; cooperar v. [...] t.i.int. atuar, juntamente com outros, para um mesmo fim; contribuir com trabalhos, esforços, auxílio; colaborar [...]”.

quando uma autoridade realiza inspecções em nome de autoridades de outros Estados-Membros ou da Comissão.³⁰⁸ Nessa situação, as autoridades perseguem conjuntamente uma única punição eficaz para cada infracção à concorrência.

Enquanto a noção de assistência pressupõe independência das partes envolvidas. Entes que prestam assistência uns aos outros possuem objectivos finais distintos, é dizer, cada um visa, ao fim, alcançar resultados autónomos. A assistência é apenas um elemento facilitador do alcance de objectivos independentes, fazendo com que, no âmbito do controlo de concorrência, cada autoridade responsável almeje sancionar ao seu modo uma violação, sem interferência de outros Estados-Membros. A noção é coincidente com o processamento múltiplo contra o mesmo acordo ou prática anti-competitiva.

O regime de competências paralelas traçado pela Reforma de 2004 tem a pretensão de viabilizar a “estreita cooperação” (no sentido acima esclarecido) entre as autoridades administrativas da concorrência, porém acaba por promover a “assistência mútua” no que permite “A acção paralela de duas ou três ANC”,³⁰⁹ e incerteza quanto à garantia do princípio *ne bis in dem*. A explicação para aparente falha na elaboração do mecanismo de atribuição de casos dentro da Rede Europeia da Concorrência baseia-se na cautela dos legisladores comunitários em não pôr prematuramente em execução as etapas quatro e seguintes do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência na União Europeia nos moldes propostos no segundo capítulo, secções 2.3.3 e 2.3.4, deste trabalho.

Uma solução prudente é a vedação de processamentos paralelos por dois ou três Estados-Membros sobre a mesma infracção somente quando o sistema de controlo da concorrência estiver satisfatoriamente maduro no que se refere à terceira fase (convergência na interpretação e aplicação do direito material ao caso concreto), e tiver percorrido as demais etapas ainda não postas em operação (quarta etapa– convergência entre as normas de direito processual; quinta – adopção de um ordenamento substancial e procedimental único; sexta – harmonização dos tipos e níveis da sanções aplicadas em matéria de concorrência nos Estados-Membros; e sétima – adopção uma legislação única para aplicação de sanções em todos os membros).³¹⁰

³⁰⁸ Consultar informações referentes ao artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003: “Investigações efectuadas pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência”, no tópico 3.1.2, acima.

³⁰⁹ Comunicação sobre a cooperação na REC, cit. 26, parágrafo 12.

³¹⁰ Para parte dos analistas da Reforma de 2004, a proibição do processamento de uma infracção à concorrência por mais de uma autoridade possui carácter de urgência. A exemplo de Prof. Waelbroeck: “[...] *in order to avoid conflicting decisions and legal uncertainty, it would have been desirable for the new Regulation to include some more stringent mechanism ensuring that each case is dealt with by a single authority. This is so particularly since under the new enforcement system companies will lose the possibility of notification, and in particular they will lose the benefits of the “one-stop shop” system under Article 81 (3) EC – being left only with the possibility*

Até que se concretize todo o processo de efectivação e uniformização, a REC é o meio de união de recursos, esforços e experiências das autoridades responsáveis em matéria de concorrência, no intuito de manter o alinhamento de condutas entre as autoridades da concorrência e elevar a certeza dos acusados no seguinte sentido: uma vez processada a violação por qualquer dos agentes controladores da concorrência membros da Rede, as demais autoridades comprometem-se implicitamente a ter o caso como *res judicata* também em suas jurisdições. A Comissão, na posição de co-legisladora do Regulamento n.º 1/2003, em sua Proposta normativa feita ao Conselho em Setembro de 2000, ao tratar das questões de subsidiariedade e proporcionalidade a serem trabalhadas pela Reforma de 2004, justifica a opção pela faculdade, e não pela obrigatoriedade, de encerramento de processos repetitivos em matéria de repressão às prática anti-competitivas:³¹¹

Os poderes conferidos pelo artigo 13.º do regulamento proposto às autoridades nacionais de concorrência ou à Comissão para suspenderem ou encerrarem processos com base no facto de um outro membro da rede estar a tratar ou ter tratado o mesmo caso, são necessários para garantir uma distribuição eficiente dos processos e uma utilização eficaz dos recursos no âmbito da rede. Não é contudo necessário nem adequado obrigar outras autoridades de concorrência a suspenderem ou a encerrarem os seus processos. Incumbe à rede garantir na prática que os recursos são utilizados de forma eficiente.

A Reforma optou por encarregar a REC da função de promover a adequação do regime de controlo de concorrência com o princípio *ne bis in idem*. Todavia, alerta-se para a necessidade de, assim que atingida a sétima fase do processo de efectivação e uniformização do sistema de salvaguarda da concorrência na União, incorporação imediata da proibição de processamentos múltiplos dentro da Rede ao documento normativo principal, nomeadamente, ao Regulamento relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado (actualmente, o Regulamento n.º 1/2003).

Concluído o processo e incorporada a proibição ao Regulamento disciplinador das regras de concorrência do Tratado, haverá a real “cooperação estreita” entre as autoridades da concorrência. Somente desta maneira pode-se garantir que todos os Estados-Membros perseguem, na repressão a cada infracção, um objectivo final único, uma meta única, e por consequência a decisão de um Estado-Membro será legítima perante todos os ordenamentos

of getting “opinions” from the Commission that are not subject to judicial control.¹⁶ How far a system of one law, applied by several different authorities, without any clear case allocation mechanism, mutual recognition, or otherwise, is at all compatible with the requirement of “foreseeability” of penal law, as enshrined in Article 7 of the Convention, it remains to be determined”; EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p. 469-70.

³¹¹ Proposta de Regulamento do Conselho, de 27 de Setembro de 2000, relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, cit. 8, p. 15.

jurídicos vigentes na União, pois a decisão de um Membro seria a mesma se proferida por outro regime nacional ou a nível comunitário.

O respeito pleno ao princípio *ne bis in idem* ou, em outras palavras, a eliminação de processamentos múltiplos, terá o desejável efeito de forçar a Comissão e as autoridades nacionais da concorrência a trabalharem coordenada e cooperativamente entre si, usando plenamente os mecanismos do Regulamento n.º 1/2003 nesse sentido (como a troca de informações, consultas a outras autoridades ou a Comissão, pedido de assistência nas investigações a exemplo da realização de inspecções em outros Estados-Membros) para assegurar que cada caso seja processado por uma autoridade capaz de impor as sanções mais apropriadas.³¹²

Até que esse estágio de integração entre os Estados-Membros no âmbito da política da concorrência se torne realidade, a REC ocupa a função de gerar a compatibilidade de um controlo baseado em legislações não harmonizadas com a garantia do direito a não ser processado e punido mais de uma vez pela mesma infracção. A Rede une os responsáveis pela aplicação das normas não coincidentes, levando-os a considerar em grupo quem detém a posição mais eficaz para processar cada atentado aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, promovendo assim o mínimo de incerteza jurídica às organizações empresariais. Afinal, estas entidades movem não só o progresso económico dos Estados-Membros onde desenvolvem suas actividades, mas também de toda a União.³¹³

Do ponto de vista social, o interesse comunitário exige a manutenção de um nível aceitável de concorrência no Mercado Comum em nome do bem-estar do consumidor, do progresso tecnológico, da maior variedade de produtos e serviços oferecidos no mercado e da prática de preços justos; todavia, não pode abdicar dos benefícios económico-financeiros que empresas ou grupos empresariais de grande porte trazem para o Bloco e para as economias dos Estados-Membros. Neste respeito, a certeza quanto aos direitos de acusados, uma vez que as companhias tendem a planejar suas estratégias já calculando os custos de sanções por eventuais violações das regulações estatais sobre o mercado, é factor fundamental de atracção de capital.

Posicionamentos a favor de processamentos múltiplos são incompatíveis com os interesses sociais e económicos comunitários. Não corresponde à realidade do factos dentro

³¹² Wouter P. J., 2005, cit. 3, p. 109.

³¹³ “Die Gefahr unterschiedlicher Beurteilungsergebnisse durch die verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden ist ordnungspolitisch unbefriedigend und für die betreffenden Unternehmen ein erheblicher Risikofaktor. Letztendlich bleiben die Unternehmen über die Rechtmäßigkeit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Ungewissen³⁰ und es entstehen ihnen durch divergierende Entscheidung immense Kosten.³¹”; PETERSEN, Anna, cit. 69, p. 9.

da REC afirmar que procedimentos paralelos a respeito da mesma infração atendem ao princípio *ne bis in idem* sob a justificativa de que o Regulamento n.º 1/2003 não concede às autoridades nacionais o poder de tomar decisões com efeitos além de suas fronteiras, nem a prerrogativa de considerar efeitos fora de seus territórios para determinar o montante da sanção pecuniária, e que a acção simultânea de autoridades da concorrência é a única forma de combate cartéis transfronteiriços.³¹⁴

O Regulamento n.º 1/2003 instaura dentro da Rede o balanço entre o sistema de competências paralelas e o sistema vertical de competências. O primeiro deixa margem para processamentos múltiplos, mas o segundo posiciona a Comissão no topo do regime de atribuição de casos, possibilitando que a entidade comunitária cuide para que as autoridades apliquem a totalidade dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre as violações de alcance nacional e as de extensão transnacional, demonstrando resultados satisfatórios no sentido da maturidade das autoridades dos Estados-Membros em combater eficientemente e em um único processamento as práticas anti-concorrenciais: até Abril de 2010, a Comissão não usou do recurso do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003, e apenas um caso de procedimentos paralelos sobre uma mesma infração foi relatado.³¹⁵

³¹⁴ GAUER, Céline, cit. 147, p. 8.

³¹⁵ Consultar na nota 305 o texto do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003. O processamento diz respeito a um pedido de imunidade ou de redução do montante em matéria de coimas apresentado a Alemanha e Belga por Bayer AG - Ferro (Belgium) SPRL- Lonza S.p.A e Solutia Europe S.A, relativo a um cartel de fixação de preços para o produto químico Benzil-butyl-Phtalat ao longo de toda a Europa, ver cit. 94.

4) POR UM CONTROLO UNO DA CONCORRÊNCIA EM NOME DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA

Primeiramente é necessário esclarecer que a informalidade da Rede Europeia da Concorrência diz respeito às interações que se processam dentro dela e ao facto de não possuir uma estrutura física como possuem em regra as instituições comunitárias. Considerar apenas a informalidade da Rede, conferindo-lhe pouca importância para o progresso do controlo da concorrência na União, sob a escusa de que ela é regulamentada por uma espécie de “*soft law*” (quase-lei) comunitária sem força de ser reclamada em sede judiciária e conceituada como um vínculo nada mais que informal entre seus membros, é uma análise equivocada.³¹⁶ Apesar de não ser elemento do quadro institucional oficial da União Europeia, a REC serve aos ideais de cooperatividade e solidariedade imprescindíveis à uniformização do controlo comunitário da concorrência e à maior integração entre os Estados-Membros. A Rede é uma instituição informal de cooperação entre os Estados-Membros do Mercado Comum, todavia, as obrigações e interesses comunitários gerais que os interligam, fluindo mais facilmente por meio da estrutura da Rede, são formais e oficiais nos moldes das leis fundamentais da União.³¹⁷

A ordem europeia de protecção à concorrência atendeu aos estudiosos da matéria que recorrentemente defendem a implementação de alternativas além da simples aplicação coordenada das legislações nacionais para o combate a cartéis de extensões internacionais: “*Internationale Wettbewerbsbeschränkungen können jedoch nicht durch die Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene bekämpft und verhindert werden*”.³¹⁸ Como solução, a esfera comunitária se associou aos agentes em contacto directo com as práticas anti-competitivas transnacionais que, contudo, não eram capazes de saná-las

³¹⁶ Segundo uma visão clássica, “*Der Begriff “soft law” soll [...] für solche Normen verwendet werden, deren Verletzung nicht zum Gegenstand gerichtlicher Kognition gemacht werden kann und keine Folgen nach dem Recht der Staatenverantwortlichkeit auslöst. Die Verletzung von soft law-Normen wird also nicht mit den klassischen völkerrechtlichen Unrechtsfolgen beantwortet*”, é dizer, as soft law são leis amenas de forma que violá-las não gera responsabilidade do Estado em instaurar processo contra acção violadora; MARQUIER, Julia – Das Beispiel des OSZE-Prezesses - Ein Beitrag zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre, p. 28. Todavia, as soft law possuem diversos níveis de exigibilidade de conduta. Mais sobre o tema, consultar: SENDEN, Linda – Soft Law in European Community Law; e TERHECHTE, Jörg Philipp, cit. 115, p. 34-40.

³¹⁷ Refere-se, basicamente, aos artigos 258.º, 259.º e 260.º do Tratado, ver cits. 213 e 216.

³¹⁸ PETERSEN, Anna, cit. 69, p. 1.

totalmente, e sistematizou esta associação através de uma entidade denominada Rede Europeia de Autoridades da Concorrência.³¹⁹

A Rede é regulamentada por uma norma de direito secundário da UE (Regulamento n.º 1/2003) e um conjunto de actos atípicos dela resultantes, sendo eles “1. *Atypical acts that demonstrate how the Commission will exercise the discretion given to it by the Treaty (mostly called guideline)* and 2. *Atypical acts with which the Commission explains its interpretation of a rule of community law (mostly called “notice”)*”;³²⁰ mas sua força vinculativa não pode ser contestada porque é uma instituição criada para atender aos ideais de integração por meio de uma Política Comum de Concorrência a todos os Estados-Membros; ideais esses consagrados no documento legislativo de nível primário/constitucional da União: o Tratado.³²¹

Com o propósito de sincronizar as actividades das autoridades administrativas da concorrência, a Rede Europeia da Concorrência utiliza da informalidade e de um nível de liberdade de seus membros para levá-los voluntariamente a agir como determinam o Tratado, o Tratado da União Europeia e a Carta de Direitos Fundamentais da União. A estratégia de agregar princípios estabelecidos na prática à formalidade do ordenamento jurídico favorece a legitimidade das estruturas, processos e conteúdo dos mecanismos de integração, dentre os quais, da Política de Concorrência ao serviço da integração.³²²

Informelle Prinzipien, Normen und Regeln haben einen deutlichen Einfluss auf Strukturen, Prozesse und Inhalte der Integration. Sie ergänzen die formellen Vorgaben aus den Vertragstexten und können zu einer Institutionalisierung führen, die wiederum Einfluss auf den Integrationsprozess und die gemeinschaftliche Verfassung hat.

³¹⁹ KLAB, Ingo – Die Aufsicht über ein Gemeinsames Wettbewerbsgebiet, p. 479-480 destaca a necessidade do trabalho conjunto de autoridades da concorrência para o confronto a práticas anti-competitivas presentes em diversos Estados: “*Anders als die Zuständigkeit für die Entscheidung über eine grenzüberschreitend wirkende Wettbewerbsbeschränkung sollte die Zuständigkeit zur Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung im Gemeinsamen Wettbewerbsgebiet nicht auf möglichst einen Staat konzentriert, sondern aus Gründen der Effektivität der Wettbewerbsaufsicht auf so viele Schultern verteilt werden, wie erforderlich. Dabei sollten Ermittlungsmaßnahmen über den Belegenheitsstaat kanalisiert und parallele Ermittlungsverfahren koordiniert werden. Dazu sollte jede Wettbewerbsbehörde im Gemeinsamen Wettbewerbsgebiet in der Lage und bereit sein, Ermittlungshandlungen in ihrem Gebiet auch für die Wettbewerbsbehörden der anderen teilnehmenden Staaten vorzunehmen*”.

³²⁰ TERHECHTE, Jörg Philipp, cit. 115, p. 35.

³²¹ Idem, p. 34. Neste respeito, refere-se ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, cit.1, como legislação primária, de carácter constitucional da União: “*Der Vertrag als konstitutive Grundlage der Gemeinschaft erfüllt auf europäischer Ebene aber gerade diejenigen formellen wie materiellen Funktionen, die in den Mitgliedstaaten den Verfassungen zugewiesen sind. Ausgehen von einem funktionalen, zuvörderst auf die Machtbegrenzung als rechtliche Kernfunktion abstellenden Verfassungsbegriff ist der EG-Vertrag im Ergebnis daher als völkerrechtlicher Vertrag verfassungsrechtlicher Qualität zu qualifizieren, der mithin als Verfassung bezeichnet werden kann*”; LUCZAK, Jan-Marco – Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, p. 85. Ver também “*4 Europäische Union – Voraussetzung einer institutionellen Verfassungsordnung*” em LÜDER, Gerken Hrsg. – Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung: Europäische Ordnungspolitik im Zeichen der Subsidiarität”, p. 113-127.

³²² HAMBLOCH, Sibylle – Europäische Integration und Wettbewerbspolitik: Die Frühphase der EWG, p. 484.

A REC é o resultado de esforços movidos no sentido da integração dos Estados europeus desde a fase da criação da Comunidade Europeia. Representa um passo essencial na construção da Política da Concorrência como modelo de cooperação entre legislações e interesses divergentes a ser seguido pelas demais políticas sociais e económicas do Bloco.³²³ A Rede surge com a Reforma do Controlo de Concorrência de 2004, isto é, como fruto das experiências adquiridas com o Regulamento n.º 17 de 1962 que levaram à conclusão de que maiores progressos não seriam possíveis sem um “factor de integração” entre os Estados-Membros, sem um ambiente destinado às discussões de fundo jurídico-económico-social da regulação de mercado, à elaboração de consensos quanto a atribuição de competência sobre cada caso, ao auxílio recíproco na produção de provas e, acima de tudo, ao trabalho para o prognóstico sobre as futuras medidas de Política de Concorrência e Política de Integração a serem concretizadas.

A Política de Concorrência é uma chave à integração na União. A filosofia do Tratado de Roma baseia-se no progresso económico conjunto de todos os Estados-Membros.³²⁴ Manter a livre e leal concorrência é um dos objectivos fundamentais da União, assim considerado desde a assinatura do Tratado de Roma em 1957, conforme explica o Relatório de Messina de 1956: “*Competition rules are necessary for the following reasons: to avoid double pricing producing the same effects as tariffs, to avoid dumping harming sound economic production, and to avoid the replacement of market allocations by market partitioning*”.³²⁵ O Relatório de Messina dispõe a título exemplificativo a afixação discriminatória de preços entre produtos e serviços nacionais e estrangeiros e prática de *dumping* para retratar que condutas anti-competitivas ameaçam a prosperidade económica e reproduzem os mesmos efeitos das antigas barreiras à integração das economias nacionais (barreiras fiscais, não-fiscais, resultantes de regulações estatais proteccionistas, etc.).

³²³ A integração entre os Estados-Membros atingida pela cooperação em matéria de concorrência é sentida positivamente pelas demais políticas de mercado: “*Die wettbewerbsrechtliche Zusammenarbeit im Rahmen anderen Handelorganisationen ist weniger umfangreich und ergolgreich. Dies liegt daran, das hier gerade keine wirtschaftliche Integration angestrebt wurde. Vielmehr sahen die Mitgliedstaaten der Handelkooperationen die wettbewerbsrechtliche Zusammenarbeit allein als Mittel, ihre nationalen Wirtschaftsräume zu stärken*”; PETERSEN, Anna, cit. 69. p 3.

³²⁴ Para um resumo analítico-histórico da importância da legislação da concorrência para a integração da União Europeia, consultar ESTRIN, Saul; HOLMES, Peter eds. – Competition and Economic Integration in Europe, p. 1-22; HAMBLOCH, Sibylle, cit. 322, p. 59-69; KAISER, Wolfram; LEUCHT, Brigitte; PACE, Lorenzo Federico, cit. 4, p. 23-30; RASMUSSEN, Morten eds. – The History of the European Union: origins of a trans- and supranational polity 1950-72, p. 129-47.

³²⁵ Rapport des chefs de délégation à Messine, 21 April 1956, p. 15-16, apud EEKHOFF, Johann ed., cit. 69, p. 31.

Afirma-se que os regimes nacionais de controlo da concorrência no Mercado Comum passaram por um processo de *Europeanization*.³²⁶

Over time the EU rules seem to have altered the perceptions and approaches of national competition regimes towards cartels. The realization that cartels threatened to undermine the EEC's ambitious plans to create a genuine common market led the founding member states to include provisions for a European cartel regime in the EEC Treaty. This was remarkable given that the most of these states had no domestic antitrust legislation at this time. The EU regime gradually came to shape and impact upon domestic systems created by member states.

O processo de “europeização” consiste nas adaptações em matéria de Política de Concorrência procedidas nos Estados-Membros para promover a convergência da conduta dos Membros nos moldes das normas e regras comunitárias. No âmbito do controlo da concorrência, em função do carácter transnacional de um grande número de infracções, as adaptações e convergências foram determinantes para o progresso já alcançado, representando pré-requisitos para a chegada ao actual estágio do processo de evolução dos regimes de controlo da concorrência “towards a form of network governance”.³²⁷

Esse processo de modernização dos regimes de controlo da concorrência na União Europeia que leva a actuações integradas em rede dos Estados-Membros, foi re-sistematizado e nomeado neste trabalho como Processo de Efectivação e Uniformização do Controlo da Concorrência no interior da UE. Cada fase do processo configura mais um passo em direcção à integração e harmonização entre os regimes nacionais da concorrência, e à maior efectividade no combate às condutas anti-competitivas conjugada com um alto grau de segurança jurídica para os acusados. O nível de sincronismo atingido entre os Estados-Membros em termos de concorrência é aproveitado pelo quadro geral de integração na União.

A criação de autoridades da concorrência em todos os Estados-Membros (primeira fase) e a aplicação descentralizada da integridade dos artigos 101.º e 102.º do Tratado (segunda fase – convergência entre as normas de direito material) foram etapas impostas pela Reforma de 2004, mas a convergência na interpretação e aplicação do direito material ao caso concreto (terceira fase) e a convergência entre as normas de direito processual (quarta fase) foram delegadas ao movimento progressivo de assimilação do modelo da União pelos modelos nacionais que se processa dentro da Rede de Autoridades da Concorrência, permitindo maior

³²⁶ CINI, Michelle; McGOWAN, Lee – Competition Policy in the European Union, p. 207. Este processo teve início com a vigência dos artigos 85.º e 86.º da primeira versão do Tratado de Roma. Nesse sentido afirma PACE, Lorenzo Federico, cit. 4, p. 26: “Articles 85 and 86 were the first steps in creating a European competition law (*Wettbewerbsrecht*) as opposed to a national law on cartels (*Kartellrecht*) which had been seen in Europe in the 1920s and 1930s”.

³²⁷ CINI, Michelle; McGOWAN, Lee, cit. 326, p. 220.

envolvimento das esferas nacionais no desenvolvimento e aperfeiçoamento da legislação da concorrência.

A modernização do regime de controlo da concorrência na União tem por objectivo uniformizar descentralizando a aplicação material e processual dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.³²⁸ Tal modernização, ao fim, no crescente processo de aplicação descentralizada e harmonizada dos artigos concorrenciais do Tratado. O papel central do regime é ocupado pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros, juntamente com os tribunais nacionais que também desempenham importante função. Juntos, autoridades e tribunais dos Estados-Membros possuem competências anteriormente (à Reforma de 2004) detidas somente pelo âmbito comunitário, como a competência para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º do Tratado.³²⁹

A governança em rede dos múltiplos regimes de controlo da concorrência vigentes na União permite a aplicação descentralizada dos artigos concorrenciais do Tratado sem que, neste momento do processo de efectivação e uniformização, autoridades e tribunais nacionais sejam obrigados a abandonar abruptamente suas tradições processuais e sancionatórias. O regime comunitário de controlo é construído por meio de discussões nas quais todos os Estados-Membros tomam parte, de maneira que há a identificação dos regimes nacionais com o comunitário, redução de conflitos legais por ocasião da obrigação de incorporação de normas da União, e conseqüente estreitamento das relações entre os Estados-Membros.

Seguindo as recomendações da nova estratégia para o Mercado Comum traçada pelo Tratado de Lisboa, a Comissão vem tentando redireccionar o regime de controlo da concorrência para um critério fundamentalmente ligado ao “bem-estar do consumidor/integração social” em substituição ao critério “integração económica”. A associação entre regulação e integração de mercado, e o conceito de preservação da liberdade para competir como justificativas para a existência de uma política de concorrência devem ser substituídas por uma legitimação de carácter social.³³⁰

Sobre essa tendência, compartilha-se da opinião de Heike Schwitzer, que defende não serem conflitantes os objectivos estritamente económicos com os objectivos em termos bem-estar do consumidor, pois esse último é um dos fatores sociais diretamente dependente das relações de mercado. A interpretação exclusivamente social das regras de concorrência as

³²⁸ Ver Prof. Jacques Bourgeois – Decentralized Enforcement of EC Competition Rules by National Competition Authorities. Some Remarks on Consistency, Coherence and Forum Shopping em EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2000, cit. 56; e PACE, Lorenzo Federico, cit. 4, p. 219-28.

³²⁹ CINI, Michelle; MCGOWAN, Lee, cit. 326, p. 217. Ver item 1.1, acima.

³³⁰ Consultar Prof. Nicholas Bernard – A ‘New Governance’ Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU em HERVEY, Tamara K.; KENNER, Jeff eds., cit. 272, p. 247-68.

remova da esfera de objectivos primários do Tratado que têm a integração económica como elemento essencial – “Integração para constituição de um Mercado Comum”. Para a autora, a transformação total da principal finalidade da integração comunitária, de económica para social, implica em abdicar que a Política de Concorrência, em sua natureza económico-financeira de manter o justo equilíbrio entre todos os agentes de mercado, permaneça contribuindo para a Integração Económica Europeia.³³¹

O Tratado de Lisboa reformula os fundamentos de legitimidade da União e as bases e métodos através dos quais a integração entre os Membros deve ser realizada, mas não substitui o Tratado e o Tratado da União Europeia.³³² A Estratégia Económica Comunitária orientada aos benefícios económico-financeiros da uma concorrência sadia se transforma em Política Social de Mercado. Constata-se, porém, que diante da não substituição total dos clássicos Tratado de Roma e Tratado de Maastricht, o Tratado de Lisboa cria uma bivalência de valores no ordenamento legislativo primário. O modelo que zela pela Liberdade Económica, Economia de Mercado e Concorrência não falseada, só tem validade se servir à realização das metas de carácter social.³³³

A análise dos benefícios da acção coordenada dos agentes fiscalizadores da concorrência demonstra a eficiência de um regime de concorrência não distorcida para o projecto de integração económica e social na União Europeia. Contrariamente à parte da literatura que defende ser desfasada a associação entre Política da Concorrência e integração no Mercado Interno, os capítulos anteriores demonstram que o processo de modernização do controlo da concorrência da União otimiza a protecção às liberdades fundamentais³³⁴ e aproxima os Estados-Membros em termos económicos, políticos e sociais, conforme visam os objectivos comunitários reformulados pelo Tratado de Lisboa.³³⁵

³³¹ DREXL, Josef; IDOT, Laurence; MONÉGER, Joël eds. – Economic Theory and Competition Law, 135. Dr. iur., LL.M. (Yale) Heike Schweitzer é professor de Direito do European University Institute em Florença. A este respeito contribui NEUMANN, Manfred, cit. 16, p. 3: “*There is no conflict between maintaining economic freedom and maximization of welfare because a competitive order ensures the attainment of both*”.

³³² Para a referência completa dos Tratados referidos, ver cit. 1. Conferir também o sítio à internet dedicado às inovações trazidas pelo Tratado de Lisboa: Europa - Treaty of Lisbon - Taking Europe into the 21st century [Consult. 02 Junho 2010], disponível em WWW: <URL: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_en.htm/>. Sobre necessidade de se estabelecer fontes de legitimação para uma União entre Estados europeus, afirma LUCZAK, Jan-Marco, cit. 321, p. 382.: “*Der Union mangelt es nach wie vor an hinreichenden Legitimationsressourcen zu umfänglichen, politisch-diskretionären Gestaltungsspielräumen, so dass es prinzipiell einer alternativ-ergänzenden Legitimation über die rechtliche Verfasstheit bedarf*”.

³³³ Idem, p. 383.

³³⁴ O Mercado Comum é baseado na protecção às liberdades fundamentais dos cidadãos europeus – livre movimento de pessoas, capital/ valores, produtos e serviços, que significam os direitos dos indivíduos a participarem indiscriminadamente com todos os meios (movimentando valores, produtos ou serviços) de quaisquer dos mercados nacionais integrantes da União.

³³⁵ Europa - Treaty of Lisbon - Taking Europe into the 21st century [Consult. 02 Junho 2010], cit. 332. O n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia, cit. 1, é um marco da concentração de objectivos económicos e

The Treaty of Lisbon amends the current EU and EC treaties, without replacing them. It provides the Union with the legal framework and tools necessary to meet future challenges and to respond to citizens' demands. [...] 3. A Europe of rights and values, freedom, solidarity and security, promoting the Union's values, introducing the Charter of Fundamental Rights into European primary law, providing for new solidarity mechanisms and ensuring better protection of European citizens.

- *Democratic values: the Treaty of Lisbon details and reinforces the values and objectives on which the Union is built. These values aim to serve as a reference point for European citizens and to demonstrate what Europe has to offer its partners worldwide.*
- *Citizens' rights and Charter of Fundamental Rights: the Treaty of Lisbon preserves existing rights while introducing new ones. In particular, it guarantees the freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights and gives its provisions a binding legal force. It concerns civil, political, economic and social rights.*
- *Freedom of European citizens: the Treaty of Lisbon preserves and reinforces the "four freedoms" and the political, economic and social freedom of European citizens.*
- *Solidarity between Member States: the Treaty of Lisbon provides that the Union and its Member States act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is the subject of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster. Solidarity in the area of energy is also emphasised.*
- *Increased security for all: the Union gets an extended capacity to act on freedom, security and justice, which brings direct benefits in terms of the Union's ability to fight crime and terrorism. New provisions on civil protection, humanitarian aid and public health also aim at boosting the Union's ability to respond to threats to the security of European citizens.*

Na fase introdutória deste trabalho foi apresentando o texto integral do artigo 2.º do Tratado que apesar de revogado pelo Tratado de Lisboa, teve seus conteúdos e essência conservados ao longo do “Título I – As Categorias e os Domínios de Competências da União” da Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia de 09 de Maio de 2008.³³⁶

A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns [...], promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, [...] a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.

A Rede Europeia da Concorrência é o maior exemplo de instituição promotora de um alto grau de competitividade, da convergência dos comportamentos das economias, da coesão económica e da solidariedade entre os Estados-Membros em atenção ao artigo 2.º do Tratado

sociais para o Mercado Interno: “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico”. Nesse respeito colabora LUCZAK, Jan-Marco, cit. 321, p. 385: “*Auch im Kontext der Zielbestimmung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 EU n. F. wird nicht (allein) die Ökonomie, sondern die „nachhaltige Entwicklung Europas“ zum verklammernden Oberbegriff erklärt, der nach einem ganzheitlichen Ansatz ebenso ökonomische wie ökologische und soziale Elemente zusammenführt*”.

³³⁶ Para as referências dos documentos apresentados no parágrafo, ver cit. 1 e 2.

(excluídas aquelas oficialmente criadas com este fim como a Comissão, o Conselho ou os tribunais comunitários). A associação das autoridades nacionais da concorrência leva a níveis semelhantes de liberdade dos agentes de mercado em todos os Estados-Membros. Consumidores acabam por ter acesso a produtos e serviços a preços justos originários dos mais diversos Membros, e é garantida a liberdade de entrada de organizações empresariais nos mercados nacionais.

Assim como nos primeiros passos da União nos anos 50 e 60, quando a Política de Concorrência serviu como primeiro modelo à integração europeia, nos dias actuais, a REC marca a actual fase do processo de integração.³³⁷ Nenhum facto fala contra a contribuição da Rede para o alcance da nova interpretação de integração introduzida pelo Tratado de Lisboa. No mais, no contexto da Economia Mercado em funcionamento no Mercado Comum, não há como dissociar integração económica, baseada nos ideais de concorrência não falseada, da integração social, com ponto de partida no ideal de bem-estar dos cidadãos europeus: *“It is not surprising that competition has been heavily emphasised from early days of European Integration given the benefits of such a policy. Competition brings economic and social progress and directly impacts the daily life of consumers”*.³³⁸

Do trabalho conjunto e cooperativo entre as autoridades da concorrência surge um “senso comum” a respeito da interpretação e aplicação da legislação material, processual e de aplicação de sanção em matéria de concorrência, em razão do que esse entendimento quase que unânime terá certamente legitimidade e aplicabilidade em toda a extensão da UE. A soberania dos Estados-Membros sobre o poder de legislar é relativizada em favor do “senso comum” constituído dentro da Rede de interação de autoridades e há a convergência voluntária entre as normas nacionais. Retomando a análise sobre a relação da REC com o Processo de Efectivação e Uniformização do Controlo da Concorrência, implica dizer que a estrutura em rede da cooperação entre as autoridades responsáveis em matéria de concorrência nos Estados-Membros desencadeia a realização das fases desse Processo ainda não inteiramente implementadas.

A convergência na interpretação e aplicação do direito material, do direito processual, e a harmonização dos tipos e níveis de sanções aplicadas em matéria de concorrência nos

³³⁷ Afirmou Mario Monti, Comissário Europeu da Concorrência entre os anos 1999 e 2004, por ocasião do European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities; EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela eds., 2002, cit. 32, p 10.

³³⁸ Ver EEKHOF, Johann ed., cit. 69, p. 31. Ver também LUCZAK, Jan-Marco, cit. 321, p. 386: *“Mag dies für die Evolution der europäischen Integration durchaus sinnfällig und überdies im Sinne einer verbesserten Identitätsstiftung auch positiv zu bewerten sein, so dürfen die möglichen Auswirkungen auf die Wirtschaftsverfassung nicht außer Betracht bleiben”*.

Estados-Membros correspondem às terceira, quarta, quinta, sexta e sétima fases do Processo de Efectivação e Uniformização, e são espécies do género “uniformização legislativa”. O presente estudo demonstra que a Rede tem sido o principal elemento a serviço do progresso desse Processo, pois revela os movimentos no sentido da uniformização legislativa que, por suas vezes, influem directamente no grau de homogeneização de condutas das autoridades e integração entre os Estados-Membros.

Os resultados dos trabalhos nos primeiros cinco anos de existência da REC mostram que ela foi criada no ponto intermediário entre a segunda e a terceira fase do Processo em questão, e nesse curto intervalo de tempo já o alavanca rumo à quinta etapa – adopção de um ordenamento substancial e procedimental único. Contudo, não é possível afirmar que as fases consecutivas serão completamente instituída por parte das entidades legislativas comunitárias, quais sejam, Comissão Europeia, Conselho e Parlamento Europeus. Facto é que, a Rede fomenta a instauração voluntária das demais fases do Processo de Efectivação e Uniformização pelos Estados Membros, em outros termos, a estreita cooperação entre as autoridades nacionais operada dentro da REC gera a espontânea convergência legislativa e da interpretação e aplicação dos direitos material e processual nos regimes dos Estados-Membros, sem que haja imposição advinda da ordem comunitária.

Esta análise não defende, entretanto, que uma rede informal e flexível de cooperação entre as autoridades da concorrência será suficiente para suprir a necessidade de um maior grau de unificação legal e o correspondente nível de segurança jurídica dos agentes de mercado. O canal informal de trabalho coordenado deve ser útil ao alcance da maturidade necessária às soberanias nacionais para flexibilizar suas próprias tradições e construções legais em proveito de um mercado integrado e uma União económico-financeira homogénea. As convergências legislativas voluntárias características das quatro primeiras etapas do Processo de Uniformização passam a ser obrigatórias caso se opere a quinta, e a Rede automaticamente recebe carácter oficial, não como instituição, mas como meio solene para a prática do direito material, processual e sancionatório uno e obrigatório a todas as jurisdições constituintes da União.

A REC promove a conduta alinhada das autoridades nacionais entre si, os benefícios para as economias nacionais são notórios e os Estados-Membros tomam a cooperação como modelo para a implementação das diversas políticas económicas e sociais; automaticamente, pessoas singulares e jurídicas passam a estar sujeitas aos mesmos deveres e obrigações económicos e sociais em todas as jurisdições integrantes da União.

CONCLUSÃO

A Rede Europeia da Concorrência é o ponto de convergência das medidas a serem executadas pela Reforma de 2004 do Regime Comunitário de Controlo da Concorrência com efeitos sobre os regimes nacionais. O mérito pela aplicação efectivamente descentralizada e uniforme dos artigos 101.º e 102.º do Tratado actualmente verificada no interior da UE não se concentra somente na determinação do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, segundo o qual os artigos concorrenciais do Tratado devem ser obrigatoriamente aplicados a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, isolada ou paralelamente à legislação nacional de mesma essência e finalidade. O presente estudo revela a contribuição da aplicação descentralizada dos artigos basilares da concorrência estabelecida pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 para a conduta autónoma, mas coordenada, entre os Estados-Membros no âmbito da concorrência, de forma a otimizar a aplicação dos recursos da Comissão no combate contra infracções mais graves e de extensão comunitária, assim como promover o amadurecimento das autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência.

Acredita-se que o artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 sem o elo de aproximação entre todos os agentes executores dos artigos concorrenciais do Tratado, por mais grandiosos os esforços que a Comissão poderia empreender em favor da harmonização de condutas entre as jurisdições da União, não teria (passados apenas seis anos da entrada em vigor da Reforma) provocado tamanha corrente de convergência dos regimes nacionais de controlo à concorrência em direcção às medidas procedimentais instauradas pela Reforma de 2004 a nível comunitário, mas de absorção facultativa pelos Estados-Membros. O Regulamento n.º 1/2003 exige que condutas anti-competitivas recebam enquadramento substancial uniforme em todas as jurisdições, delegando às soberanias nacionais a escolha a respeito da via processual a ser adoptada para tanto.

Mesmo diante da liberdade de legislar em termos processuais, o trabalho dentro da REC mostrou-se capaz de desencadear um movimento de convergências processuais e das normas de aplicação de sanções. Foram descritos exemplos desse fenómeno, nomeadamente, a criação de Programas de Imunidade em Matéria de Coimas ou de Redução do seu Montante em 26 dos 27 Estados-Membros da União, e as aderências ao sistema de pedidos múltiplos de clemência. Isso porque o artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 impõe a aplicação dos artigos

101.º e 102.º do Tratado, enquanto a REC busca a consciencialização de uma cultura europeia comum da concorrência pelas autoridades nacionais, despertando um alto grau de interesse dos Estados-Membros em fazer cessar e sancionar as práticas previstas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado em seus territórios. Esse alinhamento de culturas da concorrência é responsável pelo êxito dos mecanismos práticos aos quais o trabalho em rede é imprescindível. A elaboração de Inquéritos por Sectores ou Categorias de Acordos, as dinâmicas de atribuição de casos, e as colectas e trocas de informações e evidências entre os Membros apresentam resultados positivos notórios que somente são possíveis porque ocorrem em um ambiente de coordenação de condutas dos agentes envolvidos.

A acção interligada das autoridades nacionais é o instrumento indispensável para a protecção dos direitos e garantias dos acusados em processos da concorrência regidos por diferentes níveis de protecção do Devido Processo Legal. Assim como a cooperação entre os Estados-Membros representa uma face problemática em termos de garantias processuais, ela igualmente assegura que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia sejam respeitadas no actual estágio de desarmonização das legislações processuais e de aplicação de penas. Dentro da Rede Europeia da Concorrência, identifica-se mais precisamente o Estado-Membro melhor posicionado para o processamento de cada caso, além de ser possível controlar o cumprimento do regime de trocas de dados estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003 e Comunicação sobre a cooperação na REC, e inspirar confiança às autoridades para que sigam interagindo transparente e abertamente na concessão e recebimento de informações e evidências por meio da REC.

A Rede está para uma Política Coordenada da Concorrência na União Europeia assim como as salas de reuniões e os meios internos de comunicação em uma organização empresarial. A conciliação de interesses e a construção de uma identidade entre seus indivíduos integrantes e a própria empresa são possíveis através da disseminação da cultura interna por meio de uma rede de interações (hierarquicamente verticais ou horizontais) e cooperação entre os elementos integrantes. A mesma lógica se aplica à disseminação de uma cultura interna comum, através da Rede Europeia da Concorrência, entre os indivíduos membros (autoridades administrativas e tribunais responsáveis em matéria de concorrência) da organização “Política Comunitária de Concorrência”.

No que se refere aos tribunais nacionais, esses devem ser enquadrados na condição de parceiros da REC com competências directamente ligadas à homogeneização do controlo da concorrência nos Estados-Membros. Prova disso é regulamentação da cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais em moldes semelhantes aos termos da cooperação entre o

órgão comunitário e as autoridades administrativas nacionais. Tãmanha é a importância dos judiciários para a construção de uma Política Comum da Concorrência, que o Regulamento n.º 1/2003 determina estarem todos os tribunais de um Estado-Membro, competentes por quaisquer matérias de Direito e em todas as instâncias, sob a égide da disciplina de cooperação entre Comissão e judiciários nacionais, sempre que agirem em matéria de concorrência. A intervenção *amicus curiae* das entidades administrativas, a princípio mais especializadas, aos tribunais nacionais representa a via directa de interligação entre o âmbito administrativo e o judiciário traçada pelo Regulamento reformador e incorporada pela maioria das jurisdições da União.

A Reforma de 2004 e a Rede de cooperação entre autoridades da concorrência que ela implementa representam um marco na busca pela conduta harmonizada em matéria de concorrência entre os Estados-Membros da União, mas não podem ser considerados a Modernização do Controlo de Concorrência em si, e sim como uma de suas etapas. A Reforma é um dos movimentos no processo de modernização (rumo à efectivação e uniformização do controlo da concorrência no interior da UE), sendo a REC, actualmente, o elemento primordial do movimento de reforma e, futuramente, o factor primordial para a continuidade do processo de modernização dos regimes da concorrência na União Europeia e a concernente adopção de ordenamentos únicos de direito material, processual e aplicação de sanções em todos os Membros.

A harmonização gradativa e voluntária entre os regimes nacionais e o comunitário da concorrência é positiva quanto à identidade e legitimidade do consenso que é construído por meio da cooperação. Todavia, não defende-se aqui a expectativa de que somente o trabalho conjunto entre as autoridades responsáveis em matéria de concorrência é capaz de promover a uniformização necessária. A REC é o elemento essencial, mas não o único necessário para o desenvolvimento do processo de efectivação e uniformização do controlo da concorrência em toda a extensão da UE. No momento que se consolidarem entendimentos comuns aos agentes executores do regime da concorrência acerca dos pontos a serem regulamentados, os legisladores comunitários devem impor que os Estados-Membros adoptem uma conduta única.

Da mesma forma, os argumentos do quarto capítulo não defendem que a execução da Política da Concorrência por intermédio de uma Rede de Autoridades é a única e soberana estratégia para lograr a integração económica e social entre os Estados-Membros e seus cidadãos. A integração sócio-económica é favorecida pela Política Comunitária Coordenada

da Concorrência, porém deve ser simultaneamente trabalhada pelas demais estratégias económicas, financeiras, sociais e políticas.

Neste estudo, o processo de modernização dos regimes de controlo da concorrência na União recebe a denominação “Processo de Efectivação e Uniformização do Controlo da Concorrência no interior da União Europeia”, proposto em sete fases, e com progresso em decorrência da Reforma de 2004 localizado em um nível equivalente à terceira etapa – convergência na interpretação e aplicação do direito material ao caso concreto. Avalia-se como prudente a conduta do legislador comunitário em restringir a abrangência do pacote legislativo da Reforma à uniformização de Direito Material. Avançar à órbita do Direito Processual e da legislação de imposição de sanções em uma único movimento reformador teria sido precipitado e imprudente, tendo posto em risco o sucesso que se constata quanto ao alcance da terceira fase.

Para a concretização dessa fase, o Regulamento n.º 1/2003 extingue o sistema de notificação e autorização da isenção constante do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado, contudo, cuidando para que a Comissão mantenha a posição de guardiã maior da concorrência em ambas as esferas por intermédio do disposto no n.º 3 do artigo 11.º. Com a medida, a Comissão ameniza sua carga de tarefas e confia aos Estados-Membros a responsabilidade sobre a fiscalização de práticas não notificadas na extensão de seus territórios. Os Membros vêm depositando alto grau de confiança na capacidade de controlo *ex officio* em suas autoridades administrativas no que seguem a tendência de derrogar a notificação e autorização de isenções.

Com o objectivo de assegurar que as autoridades nacionais se conduzam nos padrões indicados pela esfera comunitária em prol da convergência do controlo da concorrência nas diversas jurisdições, e não considerando predominantemente interesses nacionais, o novo Regime sustenta a posição de vigilância e competência superior da Comissão sobre qualquer comportamento atentatório aos artigos 101.º e 102.º do Tratado. Nesse respeito, foi apresentada crítica aos dispositivos introdutórios da Comunicação sobre a cooperação na REC que levam à equivocada interpretação de serem paralelas as competências da autoridade comunitária e das nacionais. Mostrou-se que a paralelidade de competências existe somente entre os agentes dos Estados-Membros, e de forma alguma entre a Comissão e as autoridades nacionais. Há, de facto, uma via de relacionamento vertical entre a entidade comunitária hierarquicamente superior e os agentes nacionais, enquanto as autoridades nacionais interagem horizontalmente entre si.

O equilíbrio entre verticalidade e horizontalidade das interacções na Rede baseia-se no facto de ser o grau de envolvimento dos membros proporcional aos benefícios que o trabalho cooperativo lhes proporciona. As autoridades nacionais aceitam a posição privilegiada da Comissão e incorporam o interesse comunitário em matéria de concorrência ao seu comportamento na medida que percebem ser a Política Comunitária resultado da congregação não discriminatória das necessidades de todos os 27 Estados-Membros. No âmbito da Rede Europeia da Concorrência, os Estados-Membros tomam ciência das motivações e trabalhos da Comissão e, reciprocamente, a entidade comunitária acompanha directamente o comportamento dos agentes nacionais de forma a melhor visualizar a ocasião correcta para intervir subsidiaria e proporcionalmente.

Foram utilizados dados relativos às primeiras experiências de partilha de trabalho no âmbito da Rede para demonstrar que sua abordagem flexível e pragmática, formulada pelo Regulamento n.º1/2003 e pela Comunicação sobre a Cooperação, comporta que o âmbito comunitário finalmente exerça o princípio da subsidiariedade, ao invés de desempenhar ele mesmo o trabalho das autoridades nacionais. A esfera nacional tem mostrado poder aplicar apropriadamente os artigos 101.º e 102.º do Tratado sem o auxílio directo da Comissão a cada procedimento. As autoridades membros da Rede (autoridades administrativas), e os tribunais nacionais com competências em matéria de concorrência, na condição de parceiros íntimos da Rede, vêm adquirindo experiências e conhecimentos sobre o funcionamento dos mercados, sobre as análises económico-jurídicas das distorções da concorrência, e demonstrando que o auxílio mútuo em rede entre autoridades é o meio capaz de compelir pessoas singulares, empresas e entidades públicas, que agem sob diferentes jurisdições, a estabelecerem um nível de concorrência uniforme, propício à prosperidade e integração económica da União Europeia e ao bem-estar dos seus cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

AGNEW, John A. – **Globalization and Sovereignty**. Lanham [etc.]: Rowman&Littlefield, 2009. ISBN 978-0-7425-5677-5, 0-7425-5677-8, 978-0-7425-5678-2, 0-7425-5678-6, 978-0-7425-6675-0, 0-7425-6675-7.

ANDREANGELI, Arianna – **EU Competition Enforcement and Human Rights**. Cheltenham [etc.]: Edward Elgar, 2008. ISBN 978- 1- 84720-632-9.

ARBAULT, François - Directorate-General Competition, unit A-1; PEIRÓ, Francisco-Directorate-General Competition, unit E-1 – The Commission’s New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: building on success. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. N.º 2 - June (2002) 15-22.

BLAKE, Stephen - Directorate-General for Competition, unit E-2; SCHNICHEL, Dominik - Directorate-General for Competition, unit A-4 – Leniency Following Modernisation: safeguarding Europe’s leniency programmes. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. N.º 2 -Summer (2004) 7-13.

CINI, Michelle; McGOWAN, Lee – **Competition Policy in the European Union**. Second Edition. Basingstoke [etc.]: MacMillan, 2009. ISBN 978-0-230-00675-1; 0-230-00675-2; 0-230-00676-0; 978-0-230-00676-8.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de – **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia**, 5.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0.

COMISSÃO EUROPEIA – **Relatório sobre a Política de Concorrência 2004 – Volume 1: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia de 2004 – SEC(2005) 805 final**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2006. ISBN 92-79-00149-3.

COMISSÃO EUROPEIA – **Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia de 2005 – SEC(2006) 761 final**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007. ISBN 92-79-01733-0.

COMISSÃO EUROPEIA – **Report on Competition Policy 2004 – Volume 2**. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006. ISBN 92-894-9185-X.

COMISSÃO EUROPEIA – **Supplement to the Report on Competition Policy 2005**. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007. ISBN 92-894-4220-4.

COMISSÃO EUROPEIA – **XXX Relatório sobre a Política de Concorrência 2000: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia - 2000 – SEC(2001) 694 final**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001. ISBN 92-894-0848-0.

DEDMAN, Martin J. – **The Origins and Development of the European Union 1995-2008: a history of European integration**. Second edition. London [etc.]: Routledge, 2010. ISBN- ISSN-ISMN 978-0-415-43560-4, 978-0-415-43561-1, 978-0-203-87361-8.

DEKEYSER, Kris; JASPERS, Maria – A New Era of ECN Cooperation: Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field. World Competition Law and Economics Review. Netherlands: Kluwer Law International, 2003. ISSN 1011-4548. 30:1 (2007) 3-24.

DEVELLENES, Yves; KIRIAZIS, Georgios – The creation of an International Competition Network. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. February N.º 1 (2002).

DEVINE, Pat; KATSOUACOS, Yannis; SUGDEN, Roger, eds. – **Competitiveness, Subsidiarity and Industrial Policy**. London [etc.]: Routledge, 1996. ISBN 0-415-13985-6.

DIJK, Pieter van; HOOFF, Fried van; RIJN, Arjen van; ZWAAK, Leo eds. – **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**. Fourth Edition. Antwerpen and Oxford: Intersentia, 2006. ISBN-10: 90-5095-546-0; ISBN-10:90-5095-616-5; ISBN-13: 978-90-5095-546-1; ISBN-13: 978-90-5095-616-1.

DREXL, Josef; IDOT, Laurence; MONÉGER, Joël eds. – **Economic Theory and Competition Law**. Cheltenham [etc.]: Edward Elgar, 2009. ISBN 978-1-84720-631-2.

ECKHOFF, Johann, ed. – **Competition Policy in Europe**. Berlin [etc.]: Springer, 2004. ISBN 3-540-40551-8.

EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela, eds. – **European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy**. Portland [etc.]: Hart, 2001. ISBN 1-84113-242-X.

EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela, eds. – **European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities**. Portland [etc.]: Hart, 2004. ISBN 1-84113-366-3.

EHLERMANN, Claus Dieter – The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution. Common Market Law Review. Kluwer Law International. ISSN 0165-0750. Vol. 37 (2000) 537-590.

ELLIS, Evelyn – **The Principle of Proportionality in the laws of Europe**. Oxford [etc.]: Hart, 1999. ISBN 1-84113-007-9.

European Monographs: Current and Future Perspectives on EC Competition Law. GORMLEY, Laurence ed. Vol. 14 ([1997])- . London: Kluwer Law International, 1997. ISSN 90-411-0691-X.

ESSER, Clemens – **Current Issues in Competition Theory and Policy**. Berlin: VWF,Verl. für Wiss. und Forschung, 2002. ISBN 3-89700-174-8.

ESTELLA, Antonio – **The EU Principle of Subsidiarity and its Critique**. Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2001. ISBN 0-19-924242-9.

ESTRIN, Saul; HOLMES, Peter eds. – **Competition and Economic Integration in Europe**. Cheltenham [etc.]: Edward Elgar, 1998. ISBN 1-85898-502-1.

GAUER, Céline; DALHEIMER, Dorothe; KJOLBYE, Lars; DE SMIJTER, Eddy – Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. Spring N.º 1 (2003).

GAUER, Céline; DALHEIMER, Dorothe; KJOLBYE, Lars; DE SMIJTER, Eddy; SCHNICHEL, Dominik; LAURILA, Maija – Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. Summer N.º 2 (2004).

GAUER, Céline; KJOLBYE, Lars; DALHEIMER, Dorothe; DE SMIJTER, Eddy; SCHNICHEL, Dominik; LAURILA, Maija – Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. N.º 2 -Summer (2004) 1-6.

HAMBLOCH, Sibylle – **Europäische Integration und Wettbewerbspolitik: Die Frühphase der EWG**. Baden-Baden: Nomos, 2009. ISBN 978-3-8329-4485-8.

HERVEY, Tamara K.; KENNER, Jeff, eds. – **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003. ISBN-10: 1-84113-095-8; ISBN 13: 978-84113-095-8; ISBN 10: 1-84113-563-1; ISBN 13: 978-84113-563-2.

HÜSCHEL RATH, Kai – **Competition Policy Analysis: an integrated approach**. Heidelberg: Physica-Verlag, 2009. ISBN 978-3-7908-2089-8; 978-3-7908-2090-4.

International Competition Law Series: Competition Law and Economics, Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement. MATEUS, Abel M.; MOREIRA, Teresa, eds. – Vol. 31 ([2007])- . Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. ISBN 978-90-411-2632-0.

International Competition Law Series: Private Enforcement of EC Competition Law. BASEDOW, Jürgen, ed. Vol. 25 ([2007])- . Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, ([2007])- . ISSN 978-90-411-2613-9.

International Competition Law Series: Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/ Anti-subsidies Proceedings. GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K. Vol. 12 ([2004])- . Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, ([2004])- . ISSN 90-411-2254-0.

KAISER, Wolfram; LEUCHT, Brigitte; RASMUSSEN, Morten, eds. – **The History of the European Union: origins of a trans- and supranational polity 1950-72**. New York [etc.]: Routledge, 2009. ISBN-ISSN-ISMN 978-0-415-46393-5, 978-0-203-92648-2 , 0-415-46393-9 , 0-203-92648-X.

KLAUß, Ingo – **Die Aufsicht über ein Gemeinsames Wettbewerbsgebiet: Grundlagen, Entwicklungslinien und Perspektiven der behördlichen Zusammenarbeit bei der Aufsicht über grenzüberschreitend wirkende Wettbewerbsbeschränkungen.** Osnabrück: Nomos, 2008. ISBN 978-3-8329-3223-7.

KLEIT, Andrew N. – **Antitrust and Competition Policy.** Cheltenham [etc.]: Elgar, 2005. ISBN 1-84376-319-2.

KLOTZ, Robert; NYSSSENS, Harold – Energy day: First sectoral high-level meeting within the ECN. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. Autumn N.° 3 (2004).

KOKKORIS, Ioannis, ed. – **Competition Cases from the European Union: The Ultimate Guide to Leasing Cases of the EU and all 27 Member States.** London [etc.]: Sweet & Maxwell, 2008. ISBN 9781847031372.

KOMNIMOS, Assimakis – **EC Private Antitrust Enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts.** Oxford [etc.]: Hart, 2008. ISBN 978-184113-744-5.

KORAH, Valentine – **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice.** Ninth Edition. Oxford [etc.]: Hart, 2007. ISBN 978-1-84113-754-4.

LENAERTS, Koen; VANHAMME, Jan – Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process. Common Market Law Review. Kluwer Law International. ISSN 0165-0750. Vol. 34 (1997) 531-569.

LINDFELT, Mats – **Fundamental Rights in the European Union - Towards Higher Law of Land?: A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting.** Åbo: Åbo Akademi University Press, 2007. ISBN 951-765-346-8; 951-765-347-6 (digital).

LIPCZYNSKI, John; WILSON, John O. S.; GODDARD, John – **Industrial Organization: Competition, Strategy, Policy.** 2.^a ed. Harlow: Prentice Hall- Financial Times, 2005. ISBN 978-0-273-68802-0.

LUCZAK, Jan-Marco – **Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration.** Berlin: Duncker und Humblot, 2009. ISBN 978-3-428-12828-0.

LÜDER, Gerken; BEERMANN, Albert – **Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung: europäische Ordnungspolitik im Zeichen der Subsidiarität.** Berlin [etc.]: Springer, 1995. ISBN 3-540-60277-1.

MERCER, Helen – **Constructing a competitive order: the hidden history of British antitrust policies.** Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 1995. ISBN 0-521-41292-7.

Mc CALLUM, Linsey; PESARESI, Nicola – Interview with Philip Lowe, Director-General for Competition: Promoting competition in the enlarged European Union. European

Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. Special edition (2004) 3.

Mc CALLUM, Linsey; PESARESI, Nicola – Modernisation and the new network of competition authorities. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. Special edition (2004) 2.

MÖLLERS, Thomas M. J.; HEINEMANN, Andreas – **The Enforcement of Competition Law in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-0-521-88110-4.

NAUTADUTILH, ed. – Dealing with Dominance: The Experience of National Competition Authorities. The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2004. ISBN 90-411-2211-7.

NEUMANN, Manfred – **Competition Policy: History, Theory and Practice**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing, 2003. ISBN 1-84064-300-5; 1-84376-032-0.

NOONAN, Chris – **The Emerging Principles of International Competition Law**. Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2008. ISBN 978-0-19-920752-7.

NORMAN, George, ed. – **Recent Development in Monopoly and Competition Policy**. Cheltenham [etc.]: Elgar Reference Collection, 2008. ISBN 978-1-84720-4.

NÖRR, Knut Wolfgang – **Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellenscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**. Tübingen: Mohr, 1994. ISBN 3-16-146226-2.

NÖRR, Knut Wolfgang – Law and Market Organization: The Historical Experience in Germany From 1900 to the Law Against Restraints of Competition (1957). Journal of Institutional and Theoretical Economics, 151:1 (1995) 5-20. Berlin. ISSN 0932-4569; 1614-0559.

OVEY, Claire; WHITE, Robin C. A. – **The European Convention on Human Rights**. Fourth Edition. Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2006. ISBN 0-19-928810-0; 978-0-19-928810-6.

PACE, Lorenzo Federico – **European Antitrust Law: Prohibitions, Merger Control and Procedures**. Cheltenham [etc.]: Edward Elgar, 2007. ISBN 978-1-84542-695-8.

PEERS, Steve; WARD, Angela, eds. – **The European Union Charter of Fundamental Rights**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004. ISBN 1-84113-449-X.

PETERSEN, Anna – **Die Internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden**. Münster: LIT Verlag, 2005. ISBN 3-8258-9048-1.

ROEBLING, Georg; A RYAN, Stephen; SJÖBLOM, Dan – The International Competition Network (ICN) two years on: concrete results of a virtual network. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. Autumn N.° 3 (2003).

ROLF, Daxhammer; HAGEMEIERS, Christoph A.; TÄUBERT, Axel – **Der europäische Integrationsprozess: wirtschaftliche, politische und institutionelle Einigung Europa**. Stuttgart: ibidem-Verlag, 2006. ISBN 978-3-89821-700-2; 3-89821-700-0.

RYAN, Stephen – Co-operation between competition agencies worldwide in cartel investigations. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. N.º3 (2007).

SENDEN, Linda – **Soft Law in European Community Law**. Portland [etc.]: Hart Publishing, 2004. ISBN 1-84113-432-5.

SOBRAL, Maria do Rosário Rebordão e João Eduardo Pinto Ferreira – **Da Livre Concorrência à defesa da Concorrência: História e Conceitos Base da Legislação de Defesa da Concorrência**. Porto: Porto Editora, 1985.

SOUTER, Wolf – **Competition Law and Industrial Policy in the EU**. Oxford [etc.]: Clarendon, 1997. Reprinted, 2003. ISBN 0-19-826493-3.

SPECHT, Britta – **Die Zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz**. Berlin [etc.]: Springer, 1999. ISBN 0172-4770; 3-540-65673-1.

UTTON, M. A. – **Market Dominance and Antitrust Policy**, second edition. Cheltenham [etc.]: Edward Elgar, 2003. ISBN 1-84064-728-0.

VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François – **Competition Law of the European Community**, Fifth Edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. ISBN 978-90-411-2876-8.

VAN BARLIGEN, Bertus; BARENNESES, Marc - Directorate-General Competition, Cartels Directorate (Directorate F) – The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice. European Commission Competition Policy Newsletter. Brussel. ISSN 1025-2266. N.º 3 - Autumn (2005) 6-16.

VIVES, Xavier, ed. – **Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome**. Oxford [ect.]: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-956635-8.

WILS, Wouter P. J. – **Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008. ISBN 978-1-84113-017-0.

WILS, Wouter P. J. – **Principles of European Antitrust Enforcement**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005. ISBN 1-84113-526-7.

WILS, P. J. Wouter – **The Optimal enforcement of EC antitrust law: essays in law and economics**. The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-1757-1.

WILS, Wouter P. J. – The Principle of *Ne Bis in Idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economics Analysis. World Competition Law and Economics Review, 26:2 (2003) 131-148. Netherlands: Kluwer Law International, 2003. ISSN 1011-4548.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS RECOLHIDAS NA INTERNET

BÖGE, ULF – The Bundeskartellamt and the Competition Authorities of the German Länder [Em linha]. The “Supra-national” EU Network of Competition Authorities versus “Infra-national” Networks of Competition Authorities, Sessão I, Cap 2. Florence: Robert Schuman Centre for Advanced Studies/ European University Institute, 2002. [Consult. 18 Out. 2009]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2002\(papers\).shtm](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2002(papers).shtm)>.

ECN WORKING GROUP ON COOPERATION ISSUES – Results of the questionnaire on the reform of Member States (MS) national competition laws after EC Regulation No. 1/2003 [Em linha]. [Consult. 05 Mar. 2010] Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/news.html>>.

ECN Brief - Issue 1/2010 [Em linha]. Bruxelas: European Competition Network, 2010- ,[Consult. 30 Jan. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2010/brief_01_2010_short.pdf>.

ECN Brief - Issue 2/2010 [Em linha]. Bruxelas: European Competition Network, 2010- ,[Consult. 10 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/02_2010/final_long.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Banco de Decisões da Comissão [Em linha]. [Consult. 9 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=1>.

EUROPEAN COMMISSION – DG Competition Annual Management Plan 2009 [Em linha]. [Consult. 15 Jan. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2009_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Internal Market: Opinions and experiences of Citizens in EU-25 [Em linha]. [Consult. 15 Jan. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_254_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Overview of the application of the EC competition rules by national courts in 2006 [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2009]. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>>.

EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2007, de 16 de Junho de 2008, COM [2008] 368 final COM [2009] 206 final [Em linha]. [Consult. 09 de Maio 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2007/part2_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Document Accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2008, de 23 de Julho de 2009, COM [2009] 374 final [Em linha]. [Consult. 20 Fev.. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2008/part2_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context – Accompanying document to the White Paper on Sport, de 11 de Julho de 2007, SEC(2007) 935 [Em linha]. [Consult. 17 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/dts935_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, de 29 de Abril de 2009, COM [2009] 206 final [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0574:FIN:EN:PDF>>.

EUROPEAN COMMISSION – Commission: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme – frequently asked questions, MEMO/06/356, de 29 de Setembro de 2006 [Em linha]. [Consult. 11 Maio 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/356&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>>.

EUROPEAN COMMISSION – DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems [Em linha]. [Consult. 17 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/waste_management.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Model Leniency Programme in Type 1A cases, com última actualização de 19 de Janeiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 11 Maio 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/list_of_authorities.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Relatório sobre a Política de Concorrência 2004: Parte III – Aplicação das regras de concorrência comunitárias nos Estados-Membros [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2009]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2004/aecr_pt.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: Parte III – Aplicação das regras de concorrência nos Estados-Membros [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2009]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2005/aecr_2005_pt.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Report on Assessment of the state of convergence, and Annex 1: list of applicable leniency programmes, from 13 October 2009 [Em linha]. [Consult. 09 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme_annex1.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – Report on Competition Policy 2007 Including Commission Staff Working Document, COM [2008] 368 final [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2007/part2_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – White Paper on Sport presented by Commission, COM(2007) 391 final [Em linha], de 11 de Julho de 2007. [Consult. 17 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/wp_on_sport_en.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION – 2005 The application of EC competition rules in the Member States. [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2009]. Disponível em WWW: <URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html>.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK – ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME, adoptado em 29 de Setembro de 2006 [Em linha]. [Consult. 09 Maio de 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>>.

GAUER, Céline – Due Process in the Face of Divergent National Procedures and Sanctions. Antitrust reform in Europe: A year in practice papers [Em linha]. London: International Bar Association 2009- , [Consult. 07 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: http://www.ibanet.org/Conferences/05_confs_antitrust_reform_in_Eu_A_year_in_Practice_papers.aspx>.

TERHECHTE, Jörg Philipp – International Competition Enforcement Law between Cooperation and Convergence: Mapping a New Field for Global Administrative Law. Working Paper CCLP (L) 26. The University of Oxford – Centre for Competition Law and Policy, 2009. Disponível em WWW: <URL: <http://denning.law.ox.ac.uk/competition/portal.php> >.

ZOLNOWSKI, Adam – Due process and antitrust policy – the right balance. Antitrust reform in Europe: A year in practice papers [Em linha]. London: International Bar Association 2009- , [Consult. 07 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.int-bar.org/images/downloads/Adam%20Zolnowski%20-%20Abstract%20&%20Paper.pdf>>.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ACORDO sobre o Espaço Económico Europeu, de 03 de Janeiro de 1994, J. O. n.º L 1/3.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 18 de Dezembro de 2000, J.O. [2000] n.º C 364/1.

COMMUNICATION from the Commission: Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission Legislative Proposals, de 27 de Abril de 2005, COM(2005) 172 final.

COMUNICAÇÃO da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa, de 28 de Outubro de 2009, COM(2009) 591 final.

COMUNICAÇÃO da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, de 27 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º C 101/97.

COMUNICAÇÃO da Comissão – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, de 27 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º C 101/81.

COMUNICAÇÃO da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 19 de Fevereiro de 2002, J.O. [2002] n.º C 45/03.

COMUNICAÇÃO da Comissão relativa à Imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 08 de Dezembro de 2006, J.O. [2006] n.º C 298/11.

COMUNICAÇÃO da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 27 de Abril de 2004, J. O. [2004] n.º 101/65.

COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processo no âmbito dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, de 15 de Outubro de 1997, J.O. [1997] n.º C 313/03.

COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 27 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º C 101/54.

COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE, de 13 de Fevereiro de 1993, J.O. [1993] n.º 39/05.

COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, de 24 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º C 101/43.

COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), de 27 de Abril de 2004, J. O. [2004] n.º 101/78.

CONVENÇÃO para a protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais com as modificações introduzidas pelo Protocolo n.º 11, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n.ºs 4, 6, 7 e 13 [Em linha]. Bruxelas: Conselho Europeu, 2003-06 Mar. 2010]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>.

DECISÃO n.º 791/2004/EC, de 27 de Abril de 2004, [2004] O.J. L 138/31.

LIVRO Branco da Comissão sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, de 12 de Maio de 1999, J. O. [1999] C 132/01.

COMUNICAÇÃO da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, de 18 de Julho de 1996, J.O. [1996] n.º C 207/04.

ORIENTAÇÕES para o cálculo das coimas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2993, de 1 de Setembro de 2006, J.O. [2006] C 210/02.

PROPOSTA de Reforma do Regulamento n.º 17/1962 pela Comissão ao Conselho: Proposta de Regulamento do Conselho, de 27 de Setembro de 2000, relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 e (CEE) n.º 3975/87, COM [2000] 582 final.

PROPOSTA de Regulamento do Conselho relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis à empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 e (CEE) n.º 3975/87 («Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE», J.O. [2000] C 365E/284.

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, J.O. [2003] L1/1.

REGULAMENTO (CE) n.º 17 de 1962 do Conselho, J.O. [1962]1 3, p. 204/62, com a última redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999, J.O. [1999] L 5/148.

REGULAMENTO (CE) n.º 773/2004 da Comissão relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 7 de Abril de 2004, J.O. [2004] n.º L123/18.

TRATADO de Amsterdão, de 10 de Março de 1997, J.O. [1997] n.º C 340/01.

TRATADO de Lisboa, de 17 de Dezembro de 2007, J.O. [2007] n.º C 306/01.

VERSÃO Consolidada do Tratado que Institui a Comunidade Europeia, de 29 de Dezembro de 2006, J.O. [2006] n.º C 321/E 37.

JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA

Akzo Chemie BV and Akzo Chemie UK Ltda v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de Junho de 1986, processo 53/85, [1996] Colectânea n.º 1965.

Amann & Söhne GmbH & Co. KG, Cousin Filterie SAS v. Commission of the European Communities, Tribunal Geral, de 28 de Abril de 2010, processo T-446/05, ainda não publicado.

Bank Austria Creditanstalt AG v. Commission of the European Communities, Tribunal de Primeira Instância de 30 de Maio de 2006, processo T-198/03, J.O. [2006] n.º 178/57.

Belgische Radio en Televisie (BRT) v. Société Belge des Auteurs Compositeurs et Editeurs (SABAM) e NV Fonior, Tribunal de Justiça da União Europeia, processo 127/73, de 27 (21) de Março de 1974, [1974] Colectânea n.º 51.

Carlo Bagnasco, Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (BPN) e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige), Tribunal de Justiça da União Europeia, processos reunidos C-215/96 e C-216-96, de 21 de Janeiro de 1999, [1999] Colectânea I-179.

Cimenteries CBR SA and others v. Commission of the European Communities, Tribunal de Primeira Instância, de 15 de Março de 2000, processos apensos T-25/95, T-26/95, T-30/95, etc., Colectânea da Jurisprudência 2000 página II-00491.

Conorzio Industries Fiammiferi (CFI) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 9 de Setembro de 2003, processo C-198/01, [2003] Colectânea I-8055.

Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 18 de Junho de 1991, processo C-260/89, Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-02925.

Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austris Creditanstalt AG, Österreichische Volksbanken AG v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de Setembro de 2009, processos apensos C-125/07 P, C-133/07 P, C-135-07 P e C-137/07 P; J.O. [2009] n.º C 282/03.

Evonik Degussa GmbH (Degussa) v. Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22 de Maio de 2008, processo C 266/06, ainda não publicado.

French Republic v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça da União, de 12 de Julho de 2005, processo C-304/02, [2005] Colectânea n.º I-6263.

General Electric Company v. Commission of the European Communities, Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Dezembro de 2005, processo T-210/01, Colectânea da Jurisprudência 2005 página II-05575.

Hellenic Republic v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de Setembro de 1989, processo 68/88, [1989] Colectânea n.º 2965.

Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 13 de Julho de 1989, processo 5/88, Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02609.

Hüls AG v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça, de 8 de Julho de 1999, processo C-199/92 P, Colectânea da Jurisprudência 1999 página I-04287.

International Business Machines Corporation v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 11 de Novembro de 1981, processo 60/81, Colectânea da Jurisprudência 1983, página 1731.

Ireland v. Commission of the European Communities, Tribunal de Justiça da União Europeia, de 18 de Outubro de 2001, processo C-354/99, [2001] Colectânea n.º I-7657.

Jungbunzlauer v. Comissão Europeia, Tribunal de Primeira Instância, de 27 de Setembro de 2006, processo T-43/02, [2006] Colectânea n.º II-3435.

Masterfoods and HB Ice Cream, Tribunal de Justiça da União Europeia, processo C-344/98, de 14 de Dezembro de 2000, [2000] Colectânea n.º I-11412.

Netherlands e Van der Wal v. Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia, processos reunidos C-174/98 P e C-189-98 P, de 11 de Janeiro de 2000, [2000] Colectânea I-47.

Postbank v. Commission of the European Communities, Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Setembro de 1996, processo T-353/94, [1996] Colectânea n.º II-921.

Stauber v. Stadt Ulm, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 12 de Novembro de 1969, processo 29-69, Colectânea da Jurisprudência 1969 página 00419.

Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 13 de Fevereiro de 1969, processo 14-68, Colectânea da Jurisprudência 1969 página 00001.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Le Compte, Van Leuren and De Meyere v. Belgium, of 23 June 1981, application n.º 6878/75; 7238/75, published in A/43.

Albert and Le Compte v. Belgium, of 1 February 1983, application 7299/75; 7496/76; published in A/58.

Öztürk v. Germany, of 21 February 1984, application 8544/79, published in A/73.

Bendenoun v. France, of 24 February 1994, application 12547/86, published in A/284.

P.G. and J.H. v. The United Kingdom, of 24 September 2001, application 447877/98.

Harold v. United Kingdom, of 25 June 1997, published in reports 1997-III, paragraph 44.

Niemietz v. Germany, of 16 December 1992, application 13710/88, published in A 251-B.

Engel and others v. The Netherlands, of 8 June 1976, application 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, published in A 22.

Franz Fischer v. Austria, of 26 April 1995, application 16922/90, published in A 312.

SÍTIOS E DOCUMENTOS INSTITUCIONAIS CONSULTADOS NA INTERNET

Antitrust Legislation: WWW: <URL:
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>>.

Autorité de la Concurrence: <URL:
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf>.

Bundeskartellamt WWW: <URL:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/ECA_principles_for_convergence.pdf>.

Competition public consultations: WWW: <URL:
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html>.

Council of Europe: WWW: <URL: <http://conventions.coe.int/>>.

European Commission – Competition: WWW: <URL:
http://ec.europa.eu/competition/index_en.html>.

European Competition Network – Portal to the national Competition Authorities: WWW:
<URL: http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html >.

European Free Trade Association: WWW: <URL: <http://www.efta.int/>>.

Gateway to the European Union: WWW: <URL: http://europa.eu/index_en.htm>.

Hearing officers on competition: WWW: <
http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html>.

Inquiry to the Pharmaceutical Sector WWW: <URL:
<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>>.

National Judgements on Competition: WWW: <URL:
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>>.

Overview on the Energy Sector WWW: <URL:
http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/overview_en.html>.

Reports on Competition Policy: WWW: <URL:
http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html>.

Statistics published by the European Competition Network: WWW: <URL:
<http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>>.

Treaty of Lisbon: WWW: <URL: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_en.htm>.

Tribunal de Justiça da União Europeia: WWW: <URL: www.curia.eu/>.

Anexo I – Internal Market: Opinions and experiences of Citizens in EU-25 Euro.

Anexo II – Exemplos de inquéritos por sectores económicos realizados nos Estados-Membros no período de Maio de 2004 a Abril de 2009.

Anexo III – Estatísticas apresentadas no Relatório sobre a Política de Concorrência 2005: publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia de 2005.

Anexo IV – Annex 1 of the European Commission Report on Assessment of the State of Convergence, from 13 October 2009: list of applicable leniency programmes.

Anexo V – List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Model Leniency Programme in Type 1A cases, com última actualização de 19 de Janeiro de 2010.