A UTILIZAÇÃO JUSCONCORRENCIAL DE COMPROMISSOS COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO

*Inês Azevedo**

Abstract *This article discusses the underlying reasons and consequences of the European Commission's frequent resort to commitment decisions. Through an in-depth analysis of the process of liberalisation of the European electricity sector, the article suggests that commitment decisions are not the incidental result of negotiations but often the intended result of the Commission's strategy. It is hypothesized that, as a result, competition law is being used by institutional actors as a new regulatory instrument.*

Sumário 1. Introdução. 2. Compromissos: noção, origem e evolução. 2.1. Definição. 2.2. Origem: os *consent decrees*. 2.3. Surgimento na União Europeia. 3. Delimitação da figura jurídica dos compromissos. 3.1. Os compromissos e as decisões condenatórias. 3.2. Regime Legal. 3.3. Razão do sucesso dos compromissos. 4. Direito da Concorrência e Regulação Económica. 4.1. Definições. 4.2. Aproximação dos conceitos. 4.3. Enquadramento dos compromissos no conceito de regulação. 5. Discricionariedade da Comissão Europeia. 5.1. Revisão judicial dos compromissos. 5.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade. 5.3. Garantias procedimentais e direito a um processo equitativo. 6. Assimetria de posições entre as empresas e a Comissão Europeia. 7. A utilização de compromissos como mecanismo de regulação: A liberalização do setor energético. 8. Crítica. 9. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O presente texto versa sobre os compromissos, mecanismo administrativo alternativo para a aplicação do direito da concorrência (DC), que é utilizado

---

* Jurista no Banco de Portugal. Este texto corresponde a uma versão adaptada e condensada da dissertação de mestrado apresentada a 4 de junho de 2018, na Universidade Católica Portuguesa, no âmbito do Mestrado em Direito e Gestão. Durante o texto, todas as disposições legais referenciadas, desacompanhadas de qualquer indicação expressa, reportam-se ao Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. Quero deixar uma nota de agradecimento ao Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, ao Professor Doutor João Confraria e à Professora Doutora Patrícia Fragoso Martins, pelos seus contributos.

de maneira cada vez mais frequente pela Comissão Europeia (CE), e que tem vindo a ganhar uma posição de destaque no direito da União Europeia (UE).

As justificações facultadas para a proliferação do recurso a este mecanismo, que se prendem genericamente com questões de eficiência, muitas vezes não fundamentam de forma plenamente satisfatória essa opção, dado que os compromissos, devido ao seu caráter perfunctório e generalista e às concessões processuais e de garantia que lhe estão subjacentes, são frequentemente menos vantajosos do que a emissão de uma decisão formal de condenação.

Como tal, esta circunstância deixa antever a possibilidade de existirem interesses mais latos (e sub-reptícios), por parte das autoridades competentes, que possam justificar o recurso crescente a este mecanismo. Será essa a questão aqui abordada.

2. COMPROMISSOS: NOÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO

2.1. Definição

Os compromissos são uma figura jurídica administrativa de âmbito concorrencial, que surgiu na UE em 2004, com a adoção do Regulamento 1/2003.

Os compromissos têm como propósito garantir o cumprimento dos arts. 101.º e 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), consubstanciando um meio alternativo à declaração formal de existência de uma infração. Através deste mecanismo, perante a suspeita de uma infração, a CE pode tornar vinculativos determinados compromissos propostos pelas empresas, sem que a existência de uma infração venha a ser comprovada.

2.2. Origem: os *consent decrees*

A criação dos compromissos foi inspirada na figura anglo-saxónica do *consent decree*[1], que consiste num mecanismo administrativo através do qual a *Federal Trade Commission* (FTC) ou o *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ) – órgãos responsáveis pela aplicação do DC nos Estados Unidos da América –, perante uma possível infração concorrencial, celebram com a empresa um acordo que adequadamente responda aos problemas concorrenciais *sub judice*, evitando-se assim a emissão de uma decisão formal de condenação.

1 Broder, 2010; Georgiev, 2007:1006-1017.

Estes acordos foram utilizados pela primeira vez em 1906[2], e a sua crescente utilização levou ao surgimento, nos Estados Unidos da América, de uma *culture of consent*, com a aplicação do DC a passar de um sistema centrado na litigância para um sistema baseado na celebração de acordos [segundo Ginsburg & Wright (2013: para. 11), "*both the FCT and the Antitrust Division have settled more than 90 percent of the civil cases they have brought in the last twenty years*"].

Numa análise comparativa, tanto os *consent decrees* como os compromissos assentam num acordo celebrado entre a empresa e a autoridade competente, através do qual se estabelecem restrições à liberdade da empresa em prol da reconstituição do equilíbrio concorrencial. Contudo, entre estes mecanismos existem assinaláveis diferenças:

- Os compromissos não são aplicáveis a operações de concentração, enquanto os *consent decrees* podem abranger restrições da concorrência e operações de concentração;
- Contrariamente aos *consent decrees*, os compromissos não podem aplicar coimas; e
- Os compromissos raramente são sujeitos a revisão judicial, enquanto os *consent decrees* encetados pelo DOJ são obrigatoriamente sujeitos a homologação judicial[3].

Perante as diferenças existentes entre os dois mecanismos, vários autores criticaram a transposição que foi feita da figura anglo-saxónica para a realidade europeia, alegando que houve uma incorreta e inadequada adaptação do mecanismo[4] e que tal facto poderá ter comprometido a sua segurança e legitimidade.

2 Phillips Jr., 1961:42.

3 De acordo com o United States Code, 15:1, §16 [e], "*Before entering any consent judgment proposed by the United States under this section, the court shall determine that the entry of such judgment is in the public interest". Esta revisão judicial dos consent decrees, conditio sine qua non* para a sua validade, garante que, pelo menos a nível formal, existe sobre eles um controlo independente e adicional. De acordo com Furse (2004:2-3), esta homologação "*was introduced in order to counteract 'sweetheart deals', where 'powerful corporate interests used political influence to negotiate a consent decree that did not adequately address the issues raised in a lawsuit'".*

4 Georgiev, 2007:976 e 981-982; Jenny, 2015:707-708.

2.3. Surgimento na União Europeia

Até à adoção do Regulamento 1/2003, perante a suspeita de infrações aos arts. 101.º ou 102.º do TFUE, a CE procedia à celebração de acordos com as empresas, para que uma solução pudesse ser consensualizada e se evitasse um processo formal de condenação. A adoção oficiosa destes compromissos, que ocorria à margem da lei e em relação à qual a falta transparência era sobejamente conhecida, tinha como única garantia legal o princípio da proteção da confiança legítima das partes, o que gerava problemas de segurança jurídica[5]. Como tal, sentiu-se a necessidade de se regular esta atividade.

Em 1999, com a adoção do *Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 81º e 82º do Tratado CE*, a CE deu início a um profundo processo de reforma do DC, que culminou com a adoção do *Pacote de Modernização*[6], cujo intuito passava por modernizar três vertentes do DC, nomeadamente:

- Vertente substantiva – com a passagem de uma proteção estática da liberdade de comércio para uma proteção dinâmica da concorrência, transitando-se de uma *form-based approach* para uma *effects-based approach*;
- Vertente institucional – com a descentralização da aplicação do DC e a criação de uma *network antitrust enforcement*; e
- Vertente processual – com a implementação de mecanismos alternativos para a resolução de infrações, como os compromissos ou a clemência.

O elemento-chave deste *Pacote* consistiu na adoção do Regulamento 1/2003, que desencadeou profundas alterações no paradigma de aplicação do DC.

Como tal, com fundamento nas críticas existentes ao desalinhamento entre o DC europeu e o pensamento neoclássico dominante[7], a aplicação do DC passou de uma abordagem geralmente tida por excessivamente formalista e legalista para uma abordagem mais económica (sobretudo na aplicação do artigo 102.º do TFUE[8]). Como afirma Monti (2007:52), "*the increased importance of economic efficiency is a result of a change both in substantive analysis*

5 Georgiev, 2007:995-997; Wils, 2008b; Cengiz, 2011:132; Mantzari & Tapia, 2013:609-611.

6 IP/04/411; Georgiev, 2007:981; Gerard, 2013:2.

7 Segundo a teoria neoclássica, a eficiência e progresso económico apenas seriam alcançados quando se garantisse que os mercados funcionassem livremente e com concorrência.

8 Comissão Europeia, 2005 e 2009.

and in procedure. At the substantive level, the Commission increasingly uses economic analysis to determine the welfare effects of practices under scrutiny. At a procedural level, Regulation 1/2003 creates an environment where the prohibition of agreements under Article 81 is only likely when the agreement has actual adverse effects on economic welfare".

Em consonância, surgiu também a denominada *economic based approach* que, na determinação de infrações concorrenciais, se foca sobretudo nos efeitos que as condutas dos agentes têm no mercado e na repercussão das mesmas no bem-estar dos consumidores, por oposição à abordagem mais formalista (típica do DC Europeu), que se focava na tipificação de determinados tipos de condutas, independentemente do seu impacto no mercado[9].

Estas alterações foram ainda concatenadas com e reforçadas por outras alterações (como a criação da figura do *Chief Competition Economist*), que tiveram como intuito incitar a que as decisões da CE se pautassem por um maior rigor e independência. Neste sentido, a própria introdução e expansão do recurso aos compromissos traduziu uma preferência pelo objetivo de eficiência, que não só esteve na base da modernização, como reflete o valor supremo da economia neoclássica.

3. DELIMITAÇÃO DA FIGURA JURÍDICA DOS COMPROMISSOS

3.1. Os compromissos e as decisões condenatórias

De acordo com o Regulamento 1/2003, perante a existência de uma potencial infração concorrencial, a CE pode emitir uma decisão condenatória (art. 7.º), estabelecer a adoção de medidas provisórias (art. 8.º) ou proceder à celebração de compromissos (art. 9.º). Dado que as medidas provisórias têm pouca expressão na UE, apenas se trará à colação os dois mecanismos mais importantes para a aplicação do DC – nomeadamente, os compromissos e decisões condenatórias.

A principal vantagem do recurso ao art. 7.º reside na possibilidade de se emitir uma decisão formal de condenação, que incorpora uma série de benefícios, tais como a prevenção de reincidências (através do condicionamento negativo do infrator), a eliminação de possíveis ganhos ilícitos que este tenha obtido com a conduta (através da imposição de uma coima), e a clarificação

9 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, 2005; Colomo, 2016.

da lei e acervo de certeza jurídica (dado o recurso frequente a instâncias judiciais).

Por sua vez, o art. 9.º permite a resolução célere e efetiva de um potencial problema concorrencial, possibilitando a rápida reposição da concorrência no mercado com custos diminutos para as empresas e CE.

Em termos teóricos, poder-se-á afirmar que, enquanto as decisões condenatórias se focam sobretudo em sancionar comportamentos passados (com base numa justiça punitiva e reativa), os compromissos se focam no futuro, tentando influenciar comportamentos vindouros (com base numa atuação preventiva). Dentro de determinados limites, a CE tem liberdade para decidir por qual dos mecanismos optar. No entanto, esta deverá sempre proceder a uma ponderação casuística das vantagens e desvantagens de cada um, uma vez que, dadas as suas diferenças, a sua adequabilidade irá depender do caso em análise[10].

Genericamente, e sem prejuízo da discricionariedade atribuída à CE, a posição comummente aceite é a de que os compromissos apenas devem ser adotados quando os seus benefícios superem os de uma decisão condenatória, devendo existir, num momento prévio, uma predisposição para se adotar uma decisão formal de condenação[11].

3.2. Regime legal

Para que os compromissos possam ser adotados, é necessário que se encontrem cumulativamente reunidos os seguintes requisitos:

- Predisposição das empresas para cooperar com a CE, devendo estas demonstrar um claro interesse em alcançar um consenso que permita acautelar as suas preocupações;
- Que não esteja em causa uma operação de concentração, nem casos cuja solução deva passar pela imposição de uma coima;
- Que existam razões de eficiência que justifiquem a não adoção de uma decisão de condenação.

Conforme disposto no Considerando 13, os compromissos não pressupõem a admissão de culpa por parte das empresas, nem nenhuma conclusão

10 Wils, 2008a:37-38.

11 De acordo com Carpagnano & Pera (2008:671), "*commitment decisions should be seen as a marginal tool available to antitrust authorities to be used to solve specific (and less serious) cases*".

quanto à existência de uma infração. Não obstante, uma vez aceites, estes têm natureza vinculativa e, como tal, constituem uma decisão administrativa com efeitos legais (art. 9.º/1 do Regulamento 1/2003 e art. 288.º do TFUE), provocando a cessação da investigação em curso com base na existência de uma solução que adequadamente responda às preocupações da CE.

Quanto à sua configuração, os compromissos devem ser inequívocos e autónomos, e as medidas que os consubstanciam devem ser céleres, suficientes, simples e claras[12]. Materialmente, estes podem ser comportamentais ou estruturais, consoante o tipo de efeitos que desencadeiem: os compromissos serão comportamentais quando os seus efeitos se dirijam a modificar a conduta das empresas, e estruturais quando se dirijam a alterar a estrutura do mercado onde estas atuam. De acordo com Capobianco & Ogawa (2016:11), os compromissos estruturais são mais efetivos do que os comportamentais, "*because they are clearer, usually one-off, more easily enforceable and do not require ongoing monitoring*". Contudo, o Considerando 12 estabelece restrições à sua aplicabilidade, na medida em que as soluções estruturais apenas devem ser adotadas quando não exista qualquer solução de conduta igualmente eficaz ou, existindo, caso esta seja mais onerosa.

O procedimento para a adoção de compromissos é bastante simples, passando essencialmente por três fases: a apreciação preliminar, que é dirigida pela CE às empresas e que contém as suas preocupações concorrenciais; a consulta de mercado, que envolve a publicação de um resumo do processo e do conteúdo essencial dos compromissos no Jornal Oficial da União Europeia, havendo a possibilidade de terceiros interessados submeterem comentários (art. 27.º/4); e, por fim, a adoção dos compromissos e sua publicação (arts. 9.º/1 e 30.º/1).

Após a adoção dos compromissos, a CE poderá monitorizar o seu cumprimento através da análise de relatórios elaborados pelas empresas, de informações prestadas por terceiros, ou da nomeação de um administrador fiduciário.

Em caso de incumprimento, a CE poderá aplicar uma coima [art. 23.º/2, c)], aplicar uma sanção pecuniária compulsória [art. 24.º/1, c)] ou reabrir o processo [art. 9.º/2, b)].

Os tribunais nacionais têm a incumbência de zelar pelo cumprimento dos compromissos adotados pela CE. Contudo, a decisão adotada a nível europeu não prejudica a possibilidade de, a nível nacional, o caso ser novamente

12 Almunia, 2013:4; Italianer, 2013:7-8; Blanco et al., 2013:581; Comissão Europeia, 2012.

julgado, podendo os tribunais nacionais chegar a uma conclusão quanto à existência (ou não) de uma infração (Considerandos 13 e 22)[13].

3.3. Razão do sucesso dos compromissos

A celebração de compromissos comporta uma série de vantagens, tanto para a CE como para as empresas, o que justifica que estes tenham alcançado uma posição de destaque na UE.

Na perspetiva das empresas, estes possibilitam que haja uma gestão de riscos, redução de custos (tanto monetários como de tempo), uma rápida retoma da atividade económica, ausência de coimas[14], ausência de uma decisão de condenação (e impossibilidade de haver reincidência, o que constituiria uma situação agravante[15]), possibilidade de se protegerem informações sensíveis, manutenção dos lucros que se tenham obtido com a infração[16], obtenção de conhecimento privilegiado sobre entendimentos da CE, controlo e influência dos remédios a impor, prevenção de interposição de ações de indemnização, contenção do impacto que o processo possa vir a ter no valor das ações [já que, segundo Aguzzoni et al. (2003:328), grande parte das perdas que uma empresa sofre com uma decisão condenatória se relacionam não com a coima em si, mas com o processo de condenação], controlo do risco reputacional, manutenção de uma boa relação com o supervisor e obtenção de boa publicidade.

---

13 A este propósito, foi recentemente apresentado um pedido de decisão prejudicial por parte do Tribunal Supremo de Espanha, relativamente à vinculação a que os tribunais nacionais se encontram sujeitos quanto a compromissos celebrados pela CE. No Acórdão de 23 de novembro de 2017, C-547/16, EU:C:2017:891, §29, o Tribunal de Justiça declarou que, não obstante o facto de os tribunais nacionais não se encontrarem vinculados aos compromissos celebrados pela CE, "os órgãos jurisdicionais nacionais não podem ignorar esse tipo de decisões. Com efeito, esses atos, de qualquer forma, têm carácter decisório. Além disso, tanto o princípio da cooperação leal, enunciado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, como o objetivo de uma aplicação eficaz e uniforme do direito da concorrência da União impõem ao tribunal nacional que tenha em conta a apreciação preliminar da Comissão e a considere um indício, ou mesmo um princípio de prova, da natureza anticoncorrencial do acordo em causa à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE". Consequentemente, o poder judicial atribuiu um caráter indiciário (e até probatório) aos compromissos, tendo assim posto em causa algumas das principais características que lhes estão associadas.

14 Sendo esta ausência bastante importante, dado que as coimas têm vindo a assumir um papel preponderante na aplicação do DC. Neste sentido, no Acórdão de 8 de dezembro de 2011, KME Germany v. Comissão, C-389/10 P, EU:C:2011:816, §109, o TJ constatou que "o direito comunitário é presentemente caracterizado pelo enorme montante das coimas aplicadas pela Comissão, um desenvolvimento que é frequentemente designado como a «penalização» de facto do direito europeu da concorrência".

15 Comissão Europeia, 2006: para. 28.

16 Mariniello, 2014:5.

Para a CE, as vantagens prendem-se com a redução do tempo necessário para solucionar potenciais infrações, possibilidade de haver uma racionalização e gestão de recursos, rápida reposição da concorrência no mercado, facilidade procedimental (não tendo a CE de desenvolver robustas e complexas teorias, suportadas em factos e provas concretas[17]), aumento do número de casos solucionados, facilidade em resolver problemas que são económica ou politicamente importantes mas legalmente ambíguos, facilidade em impor soluções (mesmo que a sua posição legal seja fraca, os factos pouco relevantes ou a análise económica ou legal subjacente pouco consistente[18]), possibilidade de compatibilizar perspetivas díspares que existam na CE[19], possibilidade de impor remédios mais exigentes e criativos[20] (podendo inclusivamente prever soluções semelhantes ou mais exigentes do que ao abrigo de uma decisão condenatória[21]), prevenção da exposição a críticas externas, possibilidade de transpor para a indústria os seus interesses[22], antecipação de problemas e maior foco no futuro (com uma atuação preventiva e proactiva), obtenção de rápidas alterações na estrutura dos mercados e possibilidade de corrigir falhas regulatórias. Concomitantemente, a CE pode tirar proveito destas vantagens sem que para tal tenha de limitar a sua liberdade de atuação, uma vez que, a qualquer momento (e sem que o tenha de fundamentar), pode optar por emitir uma decisão formal de condenação.

---

17 De maio de 2004 a dezembro de 2013, as decisões condenatórias tinham em média 160 páginas, por contraposição aos compromissos, que apenas tinham 21 (Jenny, 2015:734). Segundo Bay & Schweitzer (2016:5) "*some think that article 9 proceedings have been a convenient means of closing particularly difficult cases*".

18 Segundo Monnoyeur et al. (2010:176), os compromissos são utilizados em casos "*where the Commission would not have been able to prove an infringement of competition law*". Neste sentido, também Marsden (2015:75-76) afirma que existem três tipos de situações em que estes podem ser utilizados como atalhos: "*when object is no object*", "*possible but not likely*" e "*creating law through commitments*". Lang (2009b:144) constata ainda que "*accepting commitments is therefore not necessarily a sign of success for the Commission. It may also be a sign of weakness, whether procedural or analytical*".

19 Bellis, 2016:7.

20 Segundo Lang (2009a:49) "*competition authorities may be led to try to achieve what would in fact be regulatory objectives by action under competition law, by trying to make companies comply with instructions which could not be based on competition law*".

21 Lang, 2006:316-317; Cavicchi, 2011:14; Ginsburg & Wright, 2013:§9; Wagner-von Papp, 2013:3-4; Dunne, 2014a:416.

22 Lage & Allendesalazar, 2008:583.

Como tal, e contrariamente à expectativa inicial (em que se considerava que os compromissos iriam ocupar uma posição marginal na aplicação do DC[23]), estes vieram a adquirir uma posição de destaque [segundo Jenny (2015:702), "*in the ten years since the adoption of Regulation 1/2003, enforcement decisions have become the exception* […] *and commitment decisions have become the norm*"].

Este sucesso contribuiu para que houvesse um aumento da interação entre os setores privado e público, tendo a sua relação passado de um modelo clássico (baseado em processos litigiosos e contraditórios) para uma relação cooperativa (baseada no diálogo e mútua coadjuvação). Segundo Sage & Skoczny (2015:12), "*public-private dialogue amounts now to a key element of 'dealing' with most competition cases in Europe*". Em consonância, sobreveio uma profunda alteração na aplicação do DC, com uma aproximação deste à regulação económica (RE), e com o surgimento da denominada *regulatory competition law* e de uma cultura jurídica baseada em consensos[24].

4. DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÓMICA

4.1. Definições

A RE e o DC são duas formas de intervenção no mercado, que têm como intuito alterar o seu funcionamento e aumentar o bem-estar dos consumidores. Contudo, os dois conceitos são multifacetados e indeterminados, o que impede que haja uma delimitação precisa e estanque das suas caraterísticas. Apesar de estes partilharem algumas semelhanças (como o facto de ambos terem a função de corrigirem ou mitigarem falhas de mercado), entre eles existem inúmeras diferenças, utilizando meios distintos e prosseguindo diferentes objetivos[25].

Em termos gerais, poder-se-á definir RE como o conjunto de medidas legislativas, administrativas ou convencionais, adotadas por uma autoridade pública em relação a determinado setor do mercado, por forma a orientá-lo de acordo com determinadas escolhas políticas, económicas e sociais. O processo de regulação assenta numa base triangular, com as empresas e os consumidores a ocuparem a posição de base, e o regulador no topo. Segundo Confraria

23 De acordo com Lang (2009:122), "*the Commission initially believed that commitment decisions would be unusual and rare*".

24 Waelbroeck, 2009; Gerard, 2013:17; Dunne, 2014a:442-444.

25 Auf'Mkolk, 2012:153; Dunne, 2014b:229.

(2011:59), este processo irá ocorrer sempre que existam *falhas e imperfeições de mercado*, ou seja, quando estejam em causa "bens públicos, monopólio natural, externalidades, deficiências na informação acessível aos agentes económicos, casos específicos de risco e incerteza, problemas de concorrência imperfeita e custos de ajustamento". Em abstrato, a RE tanto pode ocorrer através de alterações à estrutura do mercado, como ao comportamento dos agentes económicos. A sua intervenção ocorrerá tendencialmente num momento *ex ante*, com a prescrição de determinado resultado para um determinado setor. As obrigações que resultem dessa regulação serão estáticas, impositivas e proactivas, com um caráter positivo e detalhado.

Por outro lado, o DC tem como objetivo controlar eventuais distorções do processo competitivo, sancionando infrações que venham a ocorrer. A atividade sancionatória desenvolvida pelo DC permite punir o infrator, compensar os danos sofridos por terceiros, criar precedentes legais e proibir/condenar publicamente a conduta adotada, tendo um objetivo de prevenção geral, tanto numa perspetiva positiva/de integração – de reforçar a confiança da comunidade na vigência e validade do direito –, como numa perspetiva negativa/de intimidação – de ameaçar outros agentes através do sofrimento que se inflige ao infrator[26]. Os objetivos do DC passam pela promoção da eficiência dos mercados, bem-estar dos consumidores e obtenção de uma afetação eficiente de recursos. A intervenção será tendencialmente indireta, transversal e instrumental, com a proscrição de certas categorias de condutas anti concorrenciais. Neste sentido, impõem-se restrições à liberdade de atuação das empresas num momento *ex post* (intervenção corretiva), com a prescrição de obrigações negativas e reativas, de caráter genérico e abstrato, com uma natureza intrinsecamente dinâmica.

Caso exista um conflito entre determinada regulação e a concorrência de mercado, esta última terá prevalência jurídica sobre a regulação, uma vez que o DC consubstancia direito primário da UE [ou seja, de acordo com Gorjão-Henriques (2010:307), "integra o direito que criou e moldou (e configura) a actual União Europeia"], enquanto a RE é direito secundário [ou seja, é o direito que, de acordo com Gorjão-Henriques (2010:307), "é criado no dia-a-dia da vida da Comunidade e da União pelos órgãos previstos nos tratados"].

26 Dias, 2012:50-51.

4.2. Aproximação dos conceitos

No plano europeu tem existido, ao longo do tempo, uma tendência para que os conceitos de DC e de RE se aproximem, tendo estes passado de uma situação em que eram considerados mecanismos alternativos com uma correlação negativa (em que haveria um maior nível de concorrência quanto menor fosse a intervenção regulatória), para uma relação harmoniosa e baseada na complementaridade[27]. Concomitantemente, houve um esbatimento cada vez mais significativo das suas diferenças e uma aproximação gradual do DC à RE.

De acordo com diversos autores, o DC tem vindo a ser utilizado, desde meados da década de 90 do século passado (e de forma cada vez mais premente)[28], como um mecanismo para regular os mercados (*regulatory antitrust*)[29], tendo este período sido marcado pela existência de um esforço de liberalização, empreendido pela CE, de setores económicos tradicionalmente sujeitos a regulação estatal[30]. Para tal, esta autoridade recorreu quer à emissão de regulação quer à aplicação do DC (com a utilização conjunta dos atuais arts. 102.º e 106.º do TFUE).

Em consonância, o recurso ao DC veio a assumir características paradigmáticas da atividade regulatória, tendo passado, em determinados casos, a ocorrer através de um processo cooperativo (ao invés de um processo contraditório), num momento *ex ante* à existência de uma infração, com a imposição de obrigações detalhadas e positivas (que muitas vezes requerem monitorização) e um foco em atingir resultados que vão para além da reposição da concorrência no mercado.

Como tal, e recorrendo a conceitos explorados por First (1995), tem havido a transição, na aplicação do DC, de uma *legalistic regulatory culture* (baseada na proteção dos que sofreram danos com determinada infração) para uma *bureaucratic regulatory culture* (onde se procura decidir como devem funcionar os mercados e a economia). Destarte, Dunne (2014a:414) afirma que "*the use of certain public enforcement procedures – including negotiated settlements – plus adoption of quasi-regulatory enforcement standards, case theories, and remedies,*

27 Segundo Auf'Mkolk (2012:153) "*ex ante regulation and ex post antitrust intervention go hand in hand, and complement each other*".

28 Melamed, 1995:1; Colomo, 2010:261; Mantzari & Tapia, 2013:625-627; Ginsburg & Wright, 2013: para. 2; Capobianco & Ogawa, 2016:21.

29 Mantzari & Tapia, 2013:605-608.

30 Usualmente, estes eram setores com monopólios naturais ou indústrias de rede (Colomo, 2010:269-270).

have blurred the ostensible line, to a greater or lesser extent, between competition law and the regulatory enterprise".

Segundo Georgiev (2007:1023), ao utilizar um mecanismo concorrencial para atingir objetivos regulatórios "*the Commission serves as a market regulator*", conseguindo circunvalar o processo necessário para que normas regulatórias possam ser aprovadas e a estrutura dos mercados alterada[31], evitando ainda a oposição de Estados-Membros em assuntos politicamente controversos[32]. Como tal, e nas palavras de Hancher & Hauteclocque (2012:322), "*increasingly, the Commission is resorting to quasi-regulatory measures to foster competition under the antitrust interventions*".

4.3. Enquadramento dos compromissos no conceito de regulação

Existem determinadas caraterísticas nos compromissos que, não obstante a sua natureza concorrencial, os permitem aproximar do conceito de regulação. Neste sentido, sendo a aplicação do DC importante para manter o *status quo* no mercado (restituindo a concorrência e ordem perturbadas tal como se encontravam antes da infração), a RE é importante para que, atendendo a outras preocupações, se possa alterar esse mesmo mercado. Usualmente, os compromissos são caracterizados como uma figura híbrida[33], uma vez que promovem a concorrência e fazem cessar (potenciais) infrações mas, ao mesmo tempo, impõem soluções que alteram o funcionamento do mercado. Esta aproximação explica-se ainda pelo facto de, através de compromissos, a CE conseguir impor obrigações positivas, específicas e detalhadas (com um caráter contínuo e *quasi*-regulatório), que podem ir além do estabelecimento da concorrência.

Segundo Dunne (2014a:442), "*commitment decisions incorporate most, if not all of the characteristics that are associated with the shift toward regulatory antitrust, in both procedural and substantive terms*". Schweitzer (2012:3) afirma que, com este mecanismo, a CE passou a ter acesso a "*broad policy-making powers*" podendo, com a aplicação do DC, alcançar os mesmos resultados do que processos regulatórios. Este facto poderá originar problemas já que, apesar de os compromissos assumirem características regulatórias, não se arrogam das suas salvaguardas e garantias. Neste sentido, enquanto a adoção de um ato regulatório está sujeita à intervenção de diversas entidades, havendo

31 Lang, 2009a:49-50; Maggiolino, 2015:16-18.

32 Mantzari & Tapia, 2013:626-627; Hancher & Hauteclocque, 2010:329-330.

33 Dunne, 2014b.

a realização de análises de impacto (que permitem aumentar a transparência do processo e a sua *accountability*), e a sujeição das normas a revisão judicial, promovendo-se assim uma *evidence-based policy making* (especialmente propugnada na sequência da *Better Regulation Agenda*), na determinação de compromissos não existem salvaguardas semelhantes. Como tal, a adoção de regulação através de compromissos pode provocar uma carência na sua legitimidade e ainda falta de segurança no processo e resultados por eles alcançados[34].

5. DISCRICIONARIEDADE DA COMISSÃO EUROPEIA

A discricionariedade de que a CE usufrui na celebração de compromissos é essencial para a questão aqui perscrutada, tendo esta contribuído para que, em nome da efetividade, esta autoridade conseguisse estabelecer apertadas restrições à liberdade de atuação das empresas.

Esta discricionariedade tem na sua génese três importantes fatores, nomeadamente: a inexistência de um escrutínio judicial sobre os compromissos (seja porque poucas decisões são sujeitas a recurso judicial, seja porque o nível de revisão judicial que sobre elas é exercido é extremamente superficial); a não aplicação do princípio da proporcionalidade aos compromissos; e a insuficiência de garantias procedimentais durante o seu processo de adoção.

5.1. Revisão judicial dos compromissos

Em consonância com o regime estabelecido no art. 263.º do TFUE, no contencioso europeu as partes podem interpor recurso de anulação de decisões adotadas pela CE, sendo estas analisadas em 1ª instância pelo Tribunal Geral (TG) e em 2ª instância pelo Tribunal de Justiça (TJ). De acordo com Martins (2007:47), "qualquer entidade política moderna que se proponha, como a Comunidade Europeia, basear-se no rule of law deve providenciar um mecanismo para submeter as actividades dos seus órgãos legislativos e executivos a revisão judicial".

Contudo, de acordo com o princípio do equilíbrio de poderes existente na UE, o poder judicial não se deve imiscuir na margem de discricionariedade atribuída ao poder executivo[35] (aqui representado pela CE). Como tal, caso a revisão judicial recaia sobre um ato discricionário da CE, os tribunais devem

34 Dunne, 2014a:444.

35 Dunne, 2015:111; Paz, 2014:223-224.

garantir que, ao mesmo tempo que respeitam essa liberdade, previnem o desvio de poderes e a instrumentalização do DC em prol de outros interesses. No entanto, dado que no DC existe uma estreita conexão entre a aplicação da lei (que incorpora o mandato dos tribunais) e as análises económicas ou técnicas subjacentes (que incorporam o mandato da CE), é extremamente difícil que exista uma delimitação estanque destas matérias.

Ademais, caso uma decisão se baseie numa análise considerada "económica ou tecnicamente complexa", não deverá haver qualquer ingerência dos tribunais nessa matéria[36]. Contudo, os compromissos envolvem sempre uma análise económica ou técnica – não havendo uma delimitação clara de quando se poderá considerar que esta é "complexa"[37] –, o que poderá levar a que se adote um conceito demasiado amplo e que, com base nessa indeterminação, a CE se possa subtrair (pelo menos em parte) à fiscalização judicial.

A liberdade de que a CE usufrui na adoção, conceção e avaliação da adequação dos compromissos é explicitamente reconhecida pelo TJ que, no Acórdão de 29 de junho de 2010, Alrosa vs. Comissão, C-441/07, EU:C:2010:377, §42, estabeleceu que qualquer revisão que se exercesse sobre os compromissos se deveria basear exclusivamente na existência de "erros manifestos". Como tal, o tribunal delimitou os seus poderes tendo, nas palavras de Cengiz (2011:129), introduzido "*a manifest disproportionality standard to the commitments regime which does not provide sufficient safeguard against a potential misuse of powers*".

Em termos empíricos, a falta de revisão judicial faz com que os tribunais não tenham oportunidade de, na eventualidade de surgirem novos problemas, se poderem pronunciar sobre os mesmos, o que impossibilita a criação de orientações jurídicas, aumenta o grau de incerteza legal e amplifica a margem de liberdade concedida à CE.

Destarte, a revisão judicial (que sempre constituiu uma garantia contra a arbitrariedade de autoridades públicas[38]) perde parte da sua utilidade prática

36 De acordo com o TG, e conforme mencionado no Acórdão de 17 de setembro de 2007, Microsoft vs. Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, §89, neste tipo de situações a revisão judicial deverá ser exígua, limitando-se a "verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também verificar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram".

37 Geradin & Petit, 2011:22-23.

38 De acordo com Paz (2014:206-206), "*an effective regime of judicial review acts as counterbalance to the Commission's broad powers*".

no contexto dos compromissos, passando a CE a dispor de amplos poderes com potencial para orientar o mercado e as autoridades competentes[39].

5.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade

Outra questão relevante para a problemática aqui em análise relaciona-se com a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade uma vez que, contrariamente ao que acontece nas decisões formais de condenação, no articulado dos compromissos não existe nenhuma referência explícita a este princípio, sendo a sua aplicação uma questão controvertida.

O princípio da proporcionalidade, que se encontra consagrado no art. 5.º do Tratado da União Europeia (TUE)[40] (e que, conjuntamente com os princípios da subsidiariedade e da atribuição, integra a tríade estruturante do funcionamento da UE), comporta três vertentes essenciais, nomeadamente a proporcionalidade *strictu sensu*, resultante de uma análise custo-benefício; a adequação do meio; e a necessidade do meio. Enquanto princípio geral da UE, este funciona como um "critério para apreciação da legalidade de qualquer atuação das instituições da União, incluindo as decisões que a Comissão aprova na sua qualidade de autoridade da concorrência" (acórdão cit. do TJ, Alrosa vs. Comissão, §36).

Considerando o risco que existe de, através de compromissos, a CE poder impor soluções que vão para além do que seria necessário para cessar uma potencial infração (podendo o racional da solução suplantar os objetivos de defesa da concorrência), este princípio constitui um critério adequado para que se possa avaliar e controlar o alcance dessas decisões[41]. Contudo, a sua aplicabilidade a estes atos é uma questão não linear e controvertida, tendo sido bastante debatida no caso Comissão vs. Alrosa, com o advento de diferentes conclusões por parte de diferentes tribunais. Neste sentido, enquanto o tribunal *a quo* considerou que o princípio da proporcionalidade se deveria aplicar na sua totalidade, devendo a CE proceder a uma análise completa da adequação dos compromissos ao caso em análise, de forma tão estrita como o faria ao abrigo de uma decisão condenatória[42], o tribunal *ad quem* discordou, tendo frisado que as diferenças existentes entre os dois mecanismos seriam suficientes para justificar que os compromissos não fossem sujeitos a um teste

39 Geradin & Petit, 2011:14.

40 Gorjão-Henriques, 2010:387-389.

41 Carpagnano & Pera, 2008:673; Ho & Messina, 2011:744; Gerard, 2013:30; Lianos, 2013:403-404.

42 Acórdão de 11 de julho de 2007, Alrosa vs. Comissão, T-170/06, EU:T:2007:220, §104-§107.

de proporcionalidade tão estrito como o efetuado para as decisões condenatórias[43]. Segundo Cengiz (2011:152), "*in the context of antitrust commitments, the courts suffer from extreme information asymmetries, as a result of which they face a choice between either second-guessing the Commission's analysis, thereby breaching its discretion, or conducting ineffective judicial review. In Alrosa the General Court followed the first option, whereas the Court of Justice followed the second*".

Em conclusão, e de acordo com o entendimento sufragado pelo TJ, a aplicação do princípio da proporcionalidade aos compromissos dever-se-á limitar à verificação, por parte da CE, de que estes respondem às preocupações que comunicou às empresas e de que estas últimas não propuseram compromissos menos gravosos que respondessem de forma igualmente adequada a estas preocupações. Segundo Wagner-von Papp (2012:937), o supramencionado acórdão poderá ser interpretado como tendo "*completely emasculated the proportionality review of commitment decisions*".

Neste ensejo, também a Advogada-Geral Kokkot afirmou, nas Conclusões Gerais apresentadas em 17 de setembro de 2009 ao Acórdão Comissão V. Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2009:555, §60, que a limitação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade estaria justificada porque, por um lado, os compromissos têm um caráter voluntário e, por outro, porque neste tipo de situações se deve priorizar a economia e rapidez processual. Como tal, afigura-se que a aplicação deste princípio tem sido negligenciada pela CE (com a não oposição do TJ), dependendo a sua aplicação (quase em exclusivo) do autocontrolo da CE[44].

5.3. Garantias procedimentais e direito a um processo equitativo

Por fim, importa considerar se as garantias procedimentais que são concedidas às empresas visadas e a terceiros afetados por decisões formais de condenação lhes deveriam também ser atribuídas durante a celebração de compromissos, especificamente no que concerne ao direito a uma audição oral e a um processo equitativo.

A presente questão tem na sua base a tensão existente entre os objetivos de se obter uma decisão célere e a necessidade de se asseverar um processo equitativo (com todas as garantias inerentes)[45]. Perante este *trade-off*, a CE

43 Acórdão do TJ cit., Alrosa vs. Comissão, §38-§41.

44 Gerard, 2013:29; Jenny, 2015:762.

45 Cook, 2005:219-220.

tem decidido que, perante a natureza voluntária dos compromissos, outros direitos poderiam ser restringidos.

Relativamente ao direito a uma audição oral, onde as partes teriam oportunidade de se defender perante figuras chaves para o desenrolar da aplicação do DC (Comissão Europeia, 2011b: para. 108), tal direito não se encontra previsto para os compromissos, estando associado à emissão de uma comunicação de acusação (para. 106). Esta limitação, aliada à não aplicação do princípio da proporcionalidade, irá indubitavelmente afetar o direito a um processo equitativo.

Também neste processo, os três mecanismos que deveriam salvaguardar a posição das empresas não são totalmente eficazes, uma vez que (i) o parecer emitido pelo Comité Consultivo não é vinculativo[46]; (ii) o relatório final do Auditor apenas abrangerá aspetos procedimentais do caso[47]; e (iii) a possível discussão do caso no painel de funcionários da CE não tem capacidade para supervisionar essa decisão, uma vez que este apenas discute alguns casos, e será improvável que o faça relativamente a decisões com as quais as partes previamente concordaram[48].

Considerando que os compromissos poderão, potencialmente, culminar numa decisão que afeta negativamente um agente, dever-se-ia ter como obrigatória a concessão de garantias procedimentais às partes[49], fazendo estas parte do direito a uma boa administração (art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e estando intrinsecamente ligadas ao princípio da transparência na UE[50]. Ademais, e como afirma Gerard (2013:36), "*appropriate due process standards can contribute to restore the voluntary nature of commitments as a proportionality safeguard and therefore act as a proxy for a proportionality standard reflecting the specific features of negotiated enforcement, including effectiveness concerns*".

A circunstância de, formalmente, não existir uma clara delimitação do procedimento e condicionantes para a adoção de compromissos aumenta ainda mais a discricionariedade atribuída à CE, minorando a segurança jurídica e

46 De acordo com o art. 14.º/5, a CE apenas deve ter *na melhor conta o parecer emitido pelo Comité Consultivo*, não tendo de o considerado na sua decisão final.

47 De acordo com a Comissão Europeia (2011a: Considerando 9), o Auditor apenas terá de *salvaguardar o exercício efectivo dos direitos procedimentais ao longo de todo o procedimento*.

48 Lang, 2006:280.

49 Blanco et al., 2013:588.

50 Georgiev, 2007:1017-1023.

debilitando a posição das empresas[51]. Neste sentido, e como afirma Gerard (2013:30-36), "*irrespective of all its benefits, choosing the commitment route has very much been a leap of faith so far, for the due process safeguards build into the process are virtually non-existent* […] *in the post-Alrosa era, commitments display a clear due process deficit for they are not subject to a clear sequence articulating identifiable procedural rights*".

6. ASSIMETRIA DE POSIÇÕES ENTRE AS EMPRESAS E A COMISSÃO EUROPEIA

A determinação da natureza dos compromissos é também uma questão controversa existindo, quanto a este ponto, duas perspetivas distintas.

Por um lado, poder-se-á considerar que os compromissos configuram, tanto numa perspetiva formal como material, um mecanismo administrativo, através do qual um órgão público (que se encontra em posição de vantagem e força) impõe a agentes privados determinadas soluções –"perspetiva publicista". Por outro lado, poder-se-á considerar que a natureza negocial e cooperativa dos compromissos lhes confere uma configuração materialmente distinta, mais próxima do direito privado, havendo nestes casos um especial enfoque na sua voluntariedade e vertente contratual – "perspetiva privatista".

De acordo com o TJ, é exatamente esta dicotomia (entre solução imposta e solução negociada) que permite diferenciar o tipo de análise que se deve efetuar sobre os compromissos, influenciando a aplicação do princípio da proporcionalidade, o nível de escrutínio judicial a que estes são sujeitos bem como a margem de discricionariedade atribuída à CE[52].

Contudo, a perspetiva privatista (defendida pelo TJ no acórdão cit., Comissão vs. Alrosa, §40 e §48) contém um pormenor que, salvo melhor opinião, impede que esta possa ser devidamente propugnada, existindo uma caraterística que deveria estar presente nos compromissos – o equilíbrio negocial[53] – mas cuja existência é, em muitos casos, questionável. Neste sentido, apesar de a inexistência de equilíbrio negocial não afetar, de *per se*, a natureza

51 Rat, 2015:529.

52 Lianos (2013:449-454) discorda da distinção baseada na natureza do mecanismo uma vez que, de acordo com o autor, caso este critério fosse legítimo, então o nível de escrutínio judicial que é efetuado sobre os compromissos deveria ser idêntico ao que é efetuado sobre as operações de concentração, dadas as suas similitudes, o que, contudo, não acontece, sendo as operações de concentração sujeitas a um controlo judicial bastante superior.

53 Colomo, 2013:378.

privatista dos compromissos, acaba por conferir maior legitimidade à teoria publicista já que, de acordo com a ordem tectónica do direito, uma relação que se estabeleça entre uma autoridade pública e agentes privados pertencerá, em princípio, à esfera pública do direito. Neste sentido, e olhando para a relação estabelecida entre as partes, poder-se-á constatar que a CE se encontra a celebrar um ato de execução (especificamente, a emissão de uma decisão para aplicação do DC) e, ao fazê-lo, encontrar-se-á imbuída dos seus poderes de autoridade pública (*ius imperium*), pelo que se estabelece entre as partes uma relação descendente. Como tal, haverá sempre, entre as partes, uma assimetria de posições (o que não obsta a que, perante determinada conjuntura, possa existir também um desequilíbrio negocial).

Vários fatores contribuem para que as empresas não consigam ter uma posição equiparável à da CE. Por exemplo, o facto de esta autoridade se desviar do figurino legalmente estabelecido para a adoção de compromissos tendo, por mais do que uma vez, interferido no seu desenho e alterado as propostas apresentadas pelas empresas, sendo que, legalmente, tal ingerência não é admissível[54], demonstra o poder desta autoridade. Neste sentido, a própria CE (2012: cap. 16, p. 7/13, §43) admite ter legitimidade para atuar desta maneira, referindo que "*although the commitments are voluntarily submitted by the parties, the Commission can make proposals during discussions on how to modify certain elements of the text, and may even provide concrete drafting proposals on specific issues. It is up to the parties to decide whether to accept such proposals*". Lugard e Mollmann (2013:9), ironicamente e em relação ao excerto transcrito, afirmam que "*the last phrase may leave a bitter taste for companies that have faced this situation*".

Ademais, existem empresas que apresentam propostas de compromissos numa fase anterior à da divulgação da apreciação preliminar, o que implica que estas não tenham ainda conhecimento das preocupações da CE[55], podendo propor concessões que vão para além do que seria expectável com base nessas preocupações. Esta circunstância permite ainda que a CE tenha oportunidade para, em momento ulterior, redigir a apreciação preliminar de maneira a que as suas preocupações coincidam com as soluções anteriormente propostas pelas empresas, podendo assim assegurar uma correspondência mínima entre os dois documentos e fortalecer a legitimidade legal das soluções adotadas. Consequentemente, o procedimento para adoção dos

54 Cavicchi, 2011:15; Gerard, 2013:15-16; Jenny, 2015:736.

55 Allendesalazar & Lage, 2008:592-593; Botteman & Patsa, 2013:16-17.

compromissos acaba por não garantir que as empresas tenham acesso a toda a informação relevante para poderem avaliar a consistência das preocupações expressas pela CE, o que acaba por originar assimetrias informativas. Além disso, os tribunais pouco intervêm nestas decisões o que leva a que, na perspetiva das empresas, não haja confiança numa revisão judicial que previna a adoção de soluções desajustadas[56].

No mesmo sentido, a aversão ao risco também potencia os incentivos para que, mesmo em condições desproporcionais, as empresas celebrem compromissos. De acordo com a *Regret Aversion Theory* desenvolvida por Guthrie (1999:43), que se foca na vertente emocional das decisões, o receio que as empresas têm de, posteriormente, se arrependerem de não terem optado pelo caminho mais seguro dos compromissos, tem um importante impacto na sua decisão, já que "*individuals will seek to make decisions that minimize the likelihood they will experience post decision regret. Because regret is most likely to arise when individuals discover that they would have obtained better outcomes if they had decided differently, the Regret Aversion Theory predicts that people will make decisions that shield them from this knowledge*". Também Perloff (1996:408) afirma que "*risk aversion plays an important (qualitative and quantitative) role in explaining why cases settle instead of going to trial*".

Em consonância, a própria hipótese de a CE poder, a qualquer momento (e sem que o tenha de justificar) optar por uma decisão condenatória, leva a que haja um condicionamento da liberdade de decisão das empresas, tendo estas receio de que, caso não prossigam com as negociações, esta autoridade possa impor soluções mais gravosas na decisão condenatória do que as que teria imposto nos compromissos. Ademais, a própria CE tem incentivos para, num processo condenatório, impor remédios mais austeros do que os que estariam a ser negociados para os compromissos, dado que os efeitos reputacionais que daí podem advir serão bastante vantajosos, alavancando a sua posição em negociações futuras e pressionando as empresas a não desistir das negociações[57]. De acordo com Wils (2008a:39), é também importante que a CE mantenha a aparência de que, caso seja necessário, consegue levar as empresas a julgamento e impor sobre elas pesadas sanções. Como tal, a elevada margem de discricionariedade de que a CE goza durante o processo de negociação confere-lhe uma alavancagem negocial que lhe permite, de maneira *quasi*-unilateral e sem controlos adicionais, definir os termos e

56 Gerard, 2013:12.

57 Wagner-von Papp, 2012:947-948.

condições dos compromissos, colocando-se assim numa clara posição de vantagem. Consequentemente, e nas palavras de Lianos (2013:450), esta liberdade "*largely denies the voluntary and consensual nature of the process and enables the Commission to extract disproportionate remedies*"[58]. Também Capobianco & Ogawa (2016:20) afirmam que "*agencies have used a legitimate enforcement tool to leverage their bargaining power to extract excessive remedies or remedies which are non-proportional to the objective that they were meant to pursue*".

Neste sentido, as empresas acabam por sugerir compromissos que a CE possa considerar robustos o suficiente para responder aos seus interesses, e não compromissos que respondam de maneira adequada às questões concorrenciais *sub judice* – ou seja, a questão deixou de prender-se com o que as empresas fizeram no passado (e o enquadramento legal existente) para passar a focar-se no que a CE pretende no plano da configuração de determinado mercado para o futuro[59].

Esta assimetria de posições e desigualdade no poder negocial é bastante relevante uma vez que, o facto de os compromissos serem (supostamente) adotados por mútuo acordo é a principal justificação para que a CE possa usufruir de uma ampla margem de discricionariedade já que, neste tipo de circunstâncias, caberia às empresas a obrigação de, em primeira instância, evitar a celebração de compromissos desproporcionais ou abusivos (sendo para salvaguardar essa situação que a anuência das empresas é tida como *conditio sine qua non* para a adoção dos compromissos, devendo ser estas a propô-los[60]).

Perante o exposto, a única opção para as empresas será, de acordo com Jenny (2015:722-733), "*to offer commitments because not offering such commitments is necessarily a losing strategy* […] *the Commission will, in any case, have the final say*". Como tal, frequentemente a escolha dos compromissos não estará ligada à noção de que estes são mais vantajosos, mas sim ao facto de que as empresas receiam que a outra alternativa possa ser pior. Esta conjuntura foi perfeitamente capturada por Italianer (2013:2) através de uma comparação com a famosa peça de Shakespeare: "*In his monologue in Shakespeare's famous play, the young Danish prince Hamlet faces agonising decisions. 'To be, or not to be', he asks himself, and carefully weighs the merits of life and death. He chooses life, but for negative reasons: only because he fears the alternative may be worse*".

58 Forrester, 2008:659-660.

59 Melamed, 1995:3; Jenny, 2015:760.

60 Wils, 2006:10; Blanco et al., 2013:593.

Consequentemente, será legítimo afirmar que as empresas se encontram, durante o processo de negociação, numa posição fragilizada, havendo uma elevada pressão para que, independentemente da validade e/ou consistência das preocupações expressas pela CE, um resultado negocial seja alcançado. Diversos autores têm afirmado que, face a esta desigualdade, o processo de adoção dos compromissos se afasta do conceito de negociação do direito privado e se aproxima de um processo típico do direito público[61]. Objetivamente, poder-se-á afirmar que os compromissos são uma figura híbrida situando-se, de acordo com Wagner-von Papp (2012:933), "*between the 'public-law paradigm' and the 'contract-law paradigm'*", sendo esta perspetiva também defendida por Dunne (2015:116). Não obstante, considera-se que os compromissos têm uma natureza claramente administrativa, havendo apenas alguns contornos que os aproximam (superficialmente) de uma negociação do âmbito privado. Como tal, deveriam existir mecanismos que salvaguardassem a posição das empresas e que garantissem a existência de um processo equitativo e imparcial.

7. A UTILIZAÇÃO DE COMPROMISSOS COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO: A LIBERALIZAÇÃO DO SETOR ENERGÉTICO

Um dos exemplos mais proeminentes da utilização de compromissos com o intuito de regulação ocorreu com o processo de liberalização do sector energético da UE, levado a cabo pela CE no final dos anos 2000[62].

O sector energético, que em alguns segmentos se caracteriza por ser um monopólio natural com estruturas de rede, sempre se mostrou particularmente avesso ao processo de liberalização (sobretudo pelo papel estratégico e político que representa para os Estados-Membros), tendo havido uma natural tendência para que o setor se encontrasse vertical e horizontalmente integrado. Não obstante, desde os anos 90 que a CE empreendeu diversos esforços com vista a proceder à sua liberalização.

Destarte, num primeiro momento foi concluído, em 2007, um *Inquérito ao sector económico dos mercados do gás e da eletricidade*, tendo sido demonstrado que existiam diversos problemas estruturais que dificultavam a liberalização do setor. Nesta sequência, a CE recomendou, *inter alia*, a aprovação de legislação que exigisse um *ownership unbundling of vertically integrated*

61 Wagner-von Papp, 2012:955-956.

62 Dunne, 2014a:430; Capobianco e Ogawa, 2016:21.

companies[63]. Contudo, esta proposta não foi bem aceite pelos Estados-Membros que, como tal, demonstraram uma contínua resistência ao processo de liberalização[64]. Ademais, também a doutrina não era consensual relativamente às vantagens do *full ownership unbundling*[65], tendo existido três críticas recorrentes a esta forma de desintegração, nomeadamente (i) a compatibilização com os limites das competências atribuídas à UE no âmbito do art. 114.º do TFUE, (ii) a compatibilização com o art. 345.º do TFUE, e (iii) o respeito pelos direitos de propriedade consagrados no quadro legal europeu.

Em conformidade, quando, em 2009, o Conselho aprovou o *Terceiro Pacote de Energia* (que teve como intuito proceder à liberalização do setor), as Diretivas que o integraram foram sujeitas a compromissos políticos, tendo-se acordado que os Estados-Membros teriam à sua diposição três opções para proceder à separação infraestrutural dos seus setores energéticos, nomeadamente: (i) *full ownership unbundling*, (ii) *independent systems operator*, e (iii) *independent transmission system operator.* Não obstante, a CE, com vista a aproximar a configuração dos mercados nacionais da solução por si sugerida, decidiu celebrar, entre 2008 e 2013, 10 compromissos[66], que culminaram em mudanças estruturais e garantiram a liberalização dos setores energéticos nacionais. Segundo Jenny (2015:729), "*the Commission very much wanted to change the structure of the energy sector – both vertically and horizontally – as well as contractual relationships between suppliers and buyers in order to promote competition in the energy sector and used commitment decisions to further this goal*"[67].

Este processo acabou por gerar críticas à legitimidade da atuação e resultados obtidos pela CE, uma vez que, através da celebração de compromissos, esta autoridade subverteu o processo democrático legalmente estabelecido na UE, tendo minado a possibilidade de, de acordo com a liberdade concedida

63 De acordo com o Sector Inquiry (2007:14), "*Economic evidence shows that full ownership unbundling is the most effective means to ensure choice for energy users and encourage investment*".

64 *Vide*, por exemplo, "*France warns on energy 'unbundling' plan*" de fevereiro de 2007 ou "*Brussels power proposals opposed*" de junho de 2007, ambos do Financial Times.

65 Pollitt, 2007; Manoussakis, 2009; Boscheck, 2009.

66 German Electricity Wholesale Market (COMP/39.388, 2008); German Electricity Balancing Market (COMP/39.389, 2008); Long Term Electricity Contracts in France (COMP/39.386, 2010); Swedish Interconnectors (COMP/39.351, 2010); CEZ (AT/39.727, 2013); Distrigaz (COMP/B-1/37.966, 2008); RWE Gas (COMP/39.402, 2009); GdF Gas (COMP/39.316, 2010); E.ON Gas (COMP/39.317, 2010); ENI (COMP/39.315, 2010).

67 Sage & Skoczny, 2015:17-18.

aos Estados-Membros pelas Diretivas do *Terceiro Pacto de Energia*, estes poderem determinar como iriam proceder à desintegração do seu setor. Em consonância, a CE conseguiu, com recurso a um mecanismo administrativo, impor mudanças substanciais e estruturais para além daquelas que tinham sido acordadas no processo legislativo, tendo, nas palavras de Talus (2016:55), intervindo "*in relation to market distortions without being hindered by the competence restrictions contained in sector-specific energy regulation*".

Numa nota crítica, Dunne (2014a:435) afirma que "the *executive and judiciary cannot regulate, therefore they cannot, inter alia, regulate through competition enforcement. Accordingly, commitment decisions like those relating to the energy sector – whereby the Commission applied competition law in order to surmount compromises contained within the sector-specific regulatory framework adopted by the European Parliament and Council – would be considered illegitimate insofar as they fail to respect democratically-imposed limitations within the established market control regime*".

Como tal, através da aplicação do DC, e com base na *essential facilities doctrine*, a CE conseguiu não só impor obrigações daí decorrentes – impedindo que empresas em posição dominante restringissem o acesso de terceiros a estruturas essenciais sem que para que tal tivessem uma justificação plausível –, como conseguiu igualmente, nas palavras de Talus (2016:69), "*to include limitation on the dominant undertaking's own utilization of infrastructure and investments that benefit its competitors*". Consequentemente, segundo a autora (2016:76), a CE "*took the interpretation much further by disregarding own use as an objective justification and even demanding investment in new capacity based on the doctrine of essential facilities*", tendo-se acabado por cair numa situação em que "*dominant undertakings are obliged to help their competitors at the expense of their own success*".

Monti (2003:4) afirmou que, de facto, existiu um intuito regulatório por detrás da atuação da CE, tendo o Comissário descrito estes compromissos como "*a major breakthrough for the creation of a gas market in the European Union*". Em consonância, e de acordo com Cengiz (2011:143), "*there is not only a hypothetical risk, but also certain factual evidence that commitment decisions may be utilised with the aim of market regulation, rather than the protection of competition*".

Em suma, a CE conseguiu, através da aplicação do DC, obter resultados muito mais significativos na alteração do funcionamento e estrutura do sector energético europeu do que através da regulação[68].

8. CRÍTICA

O facto de a CE conseguir impor, através de compromissos, soluções que potencialmente extravasam o âmbito das suas competências, pode originar uma série problemas sistémicos na aplicação do DC, influenciando negativamente a sua certeza, legitimidade, transparência, democraticidade e proporcionalidade[69]. Em última análise, o facto de este mecanismo ser utilizado enquanto um "*powerful instrument for regulating markets*" (Schweitzer, 2008:549) pode, inclusive, constituir um abuso de poder por parte daquela autoridade[70].

Também problemática é a ausência de um tratamento legal sistemático na adoção de compromissos, o que retira consistência, previsibilidade e certeza à sua aplicação, podendo criar uma dissolução da conexão existente entre a suposta infração e a solução a adotar. Consequentemente, os compromissos podem, de acordo com Melamed (1995:2), vir a ser aplicados "*in circumstances that bear little if any relationship to the alleged violations on which they were initially based*"[71].

Neste sentido, a discricionariedade de que a CE goza quando, perante uma potencial infração, decide qual o mecanismo a adotar, pode ser apontada como a principal razão pela qual os termos em que os compromissos devem ser adotados não se encontram ainda definidos[72]. Perante esta falta de uniformização, a CE tem flexibilidade para, por exemplo, utilizá-los para resolver casos complexos e controversos (em relação aos quais a doutrina não é ainda clara), ou casos novos que comportam problemas ou teorias nunca antes abordadas[73]. O facto de este tipo de casos ser resolvido (levianamente) através da celebração de compromissos, sem que exista uma ponderação e

68 Talus, 2016:84-85.

69 Hancher & Hauteclocque, 2010:328-329; Mantzari & Tapia, 2013:626.

70 Ginsburg & Wright, 2013: para. 5.

71 Schweitzer, 2008:558-559; Sage & Skoczny, 2015:11.

72 Wagner-von Papp, 2012:932.

73 No caso Rambus (COMP/38.636, 2009) a CE celebrou um compromisso com base num conceito até então desconhecido – *patent ambush.*

revisão judicial que assegure a consistência e robustez das soluções a adotar, e a sua correta articulação com o regime legal existente, retira legitimidade à decisão da CE[74]. Ademais, não obstante o disposto no Considerando 13, a CE tem celebrado compromissos em relação a casos que, no passado, foram sujeitos a pesadas coimas[75], o que indicia que haverá uma flexibilização da solução a adotar, com a sujeição de casos semelhantes a soluções díspares (o que, mais uma vez, coloca em causa a sua uniformização).

Nesta senda, e mesmo que as empresas interponham recurso de anulação dos compromissos, a possibilidade de que os tribunais se foquem demasiado na *complexidade* dos casos, ignorando o valor de precedente que os mesmos podem assumir, prejudica a possibilidade de se sindicar judicialmente essas decisões, impedindo ainda o desenvolvimento jurisprudencial[76] e não salvaguardando satisfatoriamente a existência de um processo equitativo. Neste sentido, e nas palavras de Dunne (2014a:437), os compromissos são extremamente problemáticos devido à "*(usual) absence of an adversarial hearing and the reduced scope for appeal limits opportunities to test the legal robustness and economic coherence of promulgated rules, whereas the transparency of decision-making is compromised by the relative opacity of the administrative process. Accordingly, compliance with the rule of law cannot be verified, and the legitimacy of the resulting rules is compromised*".

Ademais, face à redução do número de decisões condenatórias, os compromissos acabaram por assumir uma posição de destaque, tendo passado a assumir um papel de orientação do mercado[77]. Neste sentido, Marsden (2013:5) afirma que, "*once published, such commitments become soft law*". De acordo com Dunne (2014a:415), a própria CE reafirmou esta orientação, tendo defendido que os compromissos devem ser tratados como uma "*source of liable 'guidance' or 'orientation' as to the law's scope and requirements*". Tal facto acabou por dar origem ao surgimento de uma *soft jurisprudence* baseada em compromissos que, apesar de não esclarecer a lei, esclarece o que as autoridades competentes acham que a lei deveria ser, tendo efeitos práticos equivalentes[78].

---

74 Monti, 2007:412; Forrester, 2008:638; Lang, 2009b:137; Cengiz, 2011:138; Jenny, 2015:734-736.

75 Jenny, 2015:736-737.

76 Marsden, 2015:73; Ginsburg & Wright, 2016:4-6; Bay & Schweitzer, 2016:4.

77 Cook, 2006:227.

78 Segundo Marsden (2013:5), "*the European Commission's commitments procedure is very much like the story of the Emperor's New Clothes. It has an elegant design but is policy in the guise of law that no one – let alone the defendant – feels able* to *change*". Jenny, 2015:763; Capobianco & Ogawa, 2016:23.

Conforme mencionado, também a assimetria informativa existente no processo de celebração de compromissos e as consequências que daí podem advir, no que concerne a uma errada perceção da realidade e dos factos em análise, pode ser problemática dado que, neste tipo de processos, a CE não realiza grandes diligências, havendo a confiança de que a cooperação existente entre as partes irá permitir colmatar essa ausência. No entanto, as circunstâncias em que os compromissos são celebrados não garantem a imparcialidade do processo, existindo o confronto de três interesses e perspetivas distintas que podem comprometer a sua transparência[79]. Neste sentido, as empresas pretendem restringir o âmbito dos compromissos, tendo incentivos para ocultar informação da CE que, não realizando grandes diligências, dificilmente detetará a omissão; a CE enseja compromissos não só abrangentes, mas que inclusivamente extravasem o âmbito do DC; e, por fim, os terceiros pretendem compromissos que possam beneficiar o seu negócio, sendo provável que o teste de mercado não consiga garantir respostas satisfatórias e imparciais. Em acréscimo, existe ainda quem afirme que os terceiros não têm uma oportunidade legítima para se pronunciarem sobre o caso em análise, já que estes não têm acesso às provas coletadas pela CE nem à sua apreciação preliminar o que, indubitavelmente, afeta a sua capacidade de adequadamente participarem no processo[80]. Como tal, dificilmente se conseguirá alcançar um processo holístico e imparcial, que garanta a cooperação entre todos.

Em última instância, o desenvolvimento legal pode também ficar comprometido, devido à menor preocupação que existe, por parte da CE, em alocar tempo e recursos à avaliação das teorias económicas e técnicas subjacentes aos casos[81] o que, conjuntamente com a assimetria informativa, aumenta a possibilidade de se concertarem soluções incorretas ou desproporcionais. Os custos que daí podem advir poderão ser bastante avultados, havendo a possibilidade de estes prejudicarem a própria concorrência[82].

O facto de a CE conseguir circunvalar os procedimentos legais existentes, apenas com base no tipo de remédio que escolhe impor, não tendo de existir diferenças significativas entre as soluções preteridas ou os casos em análise poderá, inclusivamente, criar distorções na aplicação do DC, com o

79 Botteman & Patsa, 2013:14-15.

80 Marsden, 2015:73; Capobianco & Ogawa, 2016:20.

81 Neste sentido, Ginsburg & Wright (2016:6) afirmam que os compromissos "*may allow agencies to suppress crucial economic analysis*".

82 Wagner-von Papp, 2013:6; Dunne, 2015:93-95; Rat, 2015:532.

surgimento de uma preferência sistemática pela resolução de problemas concorrenciais através de compromissos.

Analisando as opções da CE, rapidamente se conclui que poucos incentivos esta terá para, relativamente a processos mais complexos, emitir uma decisão condenatória dado que, com a celebração de compromissos, esta conseguirá atingir resultados idênticos. Consequentemente, os critérios a que a CE atende quando seleciona os casos a que decide dar resposta poderão vir a alterar-se, passando o seu enfoque de casos em relação aos quais o fim da infração traria mais bem-estar para os consumidores, para priorizar casos relativamente aos quais se anteveja que a celebração de compromissos possa ser de mais fácil obtenção[83].

Como exemplo, poder-se-á olhar para o montante das coimas a aplicar em caso de infrações concorrenciais. Em abstrato, o limite máximo para a imposição de uma coima é idêntico caso haja incumprimento de compromissos ou a emissão de uma decisão formal de condenação, estando estabelecido em 10% do volume de negócios realizado pela empresa durante o exercício precedente [art. 23.º/2, alíneas a) e c)]. Neste sentido, recentemente a CE impôs uma pesada coima à Microsoft, pela violação de um compromisso (€561M[84]), tendo este montante excedido o imposto em 2004, na sequência de uma decisão condenatória por uma infração semelhante (c. €497M[85]). Esta circunstância pode levar a que, por exemplo, a CE se preocupe mais em sancionar empresas pela violação de compromissos do que em sancioná-las por infrações ao DC, dado que o processo através do qual a coima é imposta é bastante mais simples, não sendo sequer necessário que se comprove a existência de uma infração[86].

Ademais, o facto de a CE ter vindo a aumentar os seus poderes e competências a nível europeu pode, inclusivamente, colocar em causa o equilíbrio de poderes existente dentro da UE. Neste sentido, Dunne (2014a:435) constata que "*the enactment of regulation is a legislative task, whereas its implementation is typically a delegated executive one. In formulating regulation, the legislature makes political choices about the desired content; these choices are incorporated within the substance of regulatory regime, and from this the regulator derives its policy-focused mandate for action. Thus, it has been argued that competition authorities*

83 Lang, 2006:316; Wils, 2008a:40-42; Sage & Skoczny, 2015:24.

84 Caso Microsoft (Tying), AT/39.530, 2013:§79.

85 Caso Microsoft, COMP/C-3/37.792, 2004:§39.

86 Dunne, 2014a:418.

enforcing the competition rules should not apply or sanction use of competition law to create de facto regulation within a sector, given this is a legislative rather than an executive or judicial function"[87]. Como afirma a autora (2015:118), "r*egulation through negotiated settlements may permit competition authorities or antitrust courts, effectively, to legislate*" e, como constata Lang (1999:118), "*the Commission is a competition authority, not a regulatory authority*". Tendo em consideração que o processo de regulação é bastante distinto do de aplicação do DC, exigindo análises complexas e especializadas, particularmente morosas e que consomem bastantes recursos, a ingerência da CE nestas competências poderá ser nefasta já que, como afirmam Hancher & Hauteclocque (2010:325-326), esta não se encontra preparada para exercer tais atividades[88]. Em consonância, Lang (2009b:137) constata que "*competition law allows competition authorities only to prevent or to put an end to identified illegal conduct that restricts competition, but does not empower the authorities to take steps to make a legal market more competitive, however desirable that might seem*".

Outro fator a considerar relaciona-se com a instrumentalização do DC pela CE uma vez que, com a celebração de compromissos, esta deixou de prosseguir os objetivos que legalmente lhe estão consagrados (nomeadamente, de restabelecimento da concorrência), para se ingerir em competências que estão fora do seu escopo de atuação[89]. Como afirma First (1995:11), "*enforcement officials become too easily tempted to issue guidelines which achieve political objectives, but which also avoid hard factual problems and need not to reflect the actual state of the law*"[90]. Esta circunstância poderá, por um lado, tornar o DC mais permeável a influências externas e despoletar a captura regulatória de órgãos concorrenciais[91] e, por outro lado, retirar transparência e previsibilidade à atuação da CE. Este facto poderá repercutir-se negativamente não só nos casos acordados, mas também a um nível mais macro, com o surgimento de dificuldades em controlar, de maneira sistemática, a atuação desta autoridade.

87 Wagner-von Papp, 2012:965-966.

88 Talus, 2016:84-85.

89 Dunne, 2014a:439; Ginsburg & Wright, 2016:7.

90 Wils, 2006:8-10; Georgiev, 2007:976.

91 De acordo com a *Teoria da Captura Regulatória* desenvolvida por Stigler (1971), existe uma tendência para que o regulador favoreça não o interesse público, mas sim o seu próprio interesse e o das empresas por ele reguladas (que, como o tal, o irão recompensar).

Numa perspetiva mais económica, Gautier & Petit (2018:197) constataram que, em abstrato, a CE poderia prosseguir três estratégias na aplicação do DC, nomeadamente: "*generalized infringement policy*", "*selective commitments policy*" e "*generalized commitments policy*". De acordo com os autores, "*the optimal enforcement policy depends on the uncertainty that surrounds the interaction between the agency and the firm*" (2018:220). Como tal, a escolha da estratégia a optar deveria relacionar-se com o nível de certeza legal subjacente ao caso, a assimetria informativa existente relativamente à infração *sub judice*, e o conhecimento dos danos que a infração pode ter causado na sociedade. Neste sentido, os autores concluíram que a aplicação generalizada de compromissos apenas seria aconselhável caso existisse pouca incerteza quanto à infração em causa e os danos que a mesma tivesse causado, uma vez que, neste tipo de situações, tanto as empresas como a CE estariam dispostas a concertar uma solução que desse uma adequada resposta aos problemas mutuamente reconhecidos. Por outro lado, caso existisse um elevado nível de incerteza, então a melhor opção seria recorrer a decisões de condenação, dado que estas permitem avaliar a conduta das empresas, em termos práticos e legais, e determinar o dano que a mesma possa ter causado aos consumidores, podendo assim adequar-se o remédio a impor à infração em causa. Contudo, a abordagem proposta pelos autores não é seguida pela CE, que tornou os compromissos no mecanismo por excelência de aplicação do DC.

Face ao exposto, poder-se-á ainda constatar que, em última instância, a atuação da CE acaba por contrariar o disposto no Regulamento 1/2003 dado que, não obstante o Considerando 1, que exalta a *aplicação eficaz e uniforme dos artigos 81.º e 82.º do Tratado na Comunidade*, a falta de uniformização na aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, aliada à inexistência de jurisprudência sobre esses casos, diminui a probabilidade de diferentes autoridades interpretarem os compromissos de maneira idêntica[92]. Consequentemente, acabará por surgir um oximoro dado que, apesar de o objetivo dos compromissos passar por aumentar a efetividade na aplicação do DC, a sua utilização sistemático acabou por gerar um efeito contrário, diminuindo a certeza jurídica e a efetividade na aplicação do DC. Como tal, também esta consequência contraria o disposto no Considerando 38, onde se realça a importância de haver certeza jurídica para as *empresas que operam ao abrigo das regras comunitárias da concorrência*.

92 Botteman & Patsa, 2013:19; McGeown & Orologas, 2013:3-4.

A longo prazo, as consequências desta prática poder-se-ão tornar cada vez mais preocupantes, uma vez que, perante a tensão existente entre a celeridade de um processo e as garantias e legitimidade que este oferece, os compromissos não oferecem um equilíbrio razoável. Em consonância, Gerard (2013:24) chega mesmo a questionar: "*can the (over-)promotion of (enforcement) effectiveness entail a destruction of the law itself?*" [93].

9. CONCLUSÃO

Em conclusão, os compromissos acabaram por se tornar, de acordo com Dunne (2014a:441), numa "*bureaucratic tool of market regulation*", sendo utilizados como um mecanismo de *soft power*, com elevado potencial para modelar e alterar a estrutura e funcionamento dos mercados, permitindo assim que a CE adquira poderes *quasi*-regulatórios. Não obstante, existe grande celeuma quanto à sua legitimidade, questionando-se inclusivamente a validade dos resultados por eles alcançados.

Como tal, a utilização que atualmente é feita deste mecanismo não pode ser passivamente aceite, dado que os compromissos têm vindo a extravasar o seu escopo e a permitir que a CE incorra, sem qualquer consequência, em situações que poderão abstratamente consubstanciar atuações abusivas, não havendo sobre elas qualquer controlo, e não havendo responsabilização pelas opções adotadas (nem, neste sentido, um processo que as legitime). De acordo com Hancher & Hauteclocque (2010:307), "*the Commission is increasingly taking a quasi-ex ante regulatory approach through antitrust to fix the shortcomings of sector-specific regulation, even if this might neither be a suitable nor a legitimate approach*".

O facto de a CE representar o interesse geral da UE (art. 17.º/1 TUE) deveria levar a que, face aos impactos nefastos que os compromissos podem ter no mercado, esta atuasse de maneira prudente e ponderada, avaliando sempre os benefícios de obter uma decisão célere *versus* os benefícios de esclarecer a lei e de criar precedentes legais. Neste sentido, algumas das mais importantes vantagens, para o mercado e sociedade, de uma decisão formal de condenação, são desvantajosas para as empresas infratoras – e, como tal, deveria ser a própria CE, enquanto representante do interesse geral, a proceder a uma ponderação holística de todos os interesses em jogo (e não a agir

93 Wagner-von Papp, 2012:931; Colomo, 2013:384.

enquanto parte interessada), dado que os efeitos dos compromissos extravasam a relação estabelecida entre si e a empresa.

A circunstância de as próprias empresas terem, de acordo com os motivos explanados, uma predisposição para celebrar compromissos [o que Wils (2006:9) denominou a "*systematic bias in favour of commitment decisions*"] reforça a importância de haver sobre eles um efetivo controlo judicial, devendo a CE proceder a uma correta ponderação das suas vantagens e desvantagens.

O problema ora em análise relaciona-se não só com o facto de, através deste mecanismo, a CE conseguir (indiretamente) regular o mercado, mas também com o facto de, objetivamente, este não oferecer as garantias que usualmente estão associadas à atividade regulatória (e que se traduzem em limitações à atividade dos reguladores).

O objetivo dos compromissos, que passa por alcançar a eficiência na aplicação do DC, não pode ser justificação para que outros princípios legais sejam colocados em causa. Também neste sentido, a interdisciplinaridade existente, no DC, entre as matérias legais e económicas, não pode ser fundamento para que haja um retrocesso na aplicação dos princípios legais típicos de um Estado de direito (como, por exemplo, a revisão judicial exercida pelos tribunais). A necessidade de se garantir o estrito cumprimento dos direitos procedimentais das partes, na celebração de compromissos, é também essencial para que o melhor resultado possa ser alcançado com base num processo equitativo. Neste sentido, a promoção do princípio da eficiência no DC deverá ser reajustada, e interligada com a promoção de outros princípios igualmente importantes para o DC.

Concluindo, e avocando as palavras de Fiss (1984:1085), "*to be against settlements is only to suggest that when parties settle, society gets less than what appears, and for a price it does not know it is paying*".

BIBLIOGRAFIA

Aguzzoni, Luca, Langus, Gregor & Motta, Massimo
2013 "The effect of EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation", in *The Journal of Industrial Economics*, vol. 61, n.º 2, pp. 290-338.

Allendesalazar, Rafael & Lage, Santiago Martínez
2008 "Commitment Decisions ex Regulation 1/2003: Procedure and Effects", in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition*

Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law, USA: Hart Publishing, pp. 581-601.

Almunia, Joaquín

2013 *Remedies, commitments and settlements in antitrust*, Discurso proferido pelo Vice-Presidente da Comissão Europeia, SPEECH/13/210, Março 2013, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-210_en.htm (consultado em 15.06.2017).

Auf'Mkolk, Hendrick

2012 "The 'Feedback Effect' of Applying EU Competition Law to Regulated Industries: Doctrinal Contamination in the Case of Margin Squeeze", in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 2, pp. 146-162.

Bay, Matteo & Schweitzer, Heike

2016 *Commitments and Settlements – benefits and risks*, 23rd St. Gallen International Competition Law Forum (ICF), Abril 2016, disponível em: http://www.sg-icf.ch/wp-content/uploads/St.Gallen-ICF-2016-Interview-Schweitzer-Bay.pdf (consultado em 15.06.2017).

Bellis, Jean-François

2016 *EU Commitment Decisions: What Makes Them So Attractive?*, 125th meeting of OECD Competition Committee, DAF/COMP/WD(2016)53, Junho 2016, disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)53/en/pdf (consultado em 15.06.2017).

Blanco, Luís Ortiz, Jorgens, Konstantin & Kellerbauer, Manuel

2013 "Voluntary Adjustments, Commitments, Finding of Inapplicability, Informal Guidance", in Luís Ortiz Blanco (coord.), *EU Competition Procedure*, 3.ª ed., Oxford University Press, pp. 571-597.

Boscheck, Ralf

2009 "The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality?", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 32, n.º 4, pp. 593-608.

Botteman, Yves & Patsa, Agapi

2013 "Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases", in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1, n.º 2, pp. 347-374.

Broder, Douglas

2010 *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, 1.ª ed., Oxford University Press.

Capobianco, Antonio & Orgawa, Satoshi

2016 *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, 125th meeting of OECD Competition Committee, DAF/COMP (2016)7, Junho 2016, disponível em:

https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf (consultado em 15.06.2017).

Carpagnano, Michele & Pera, Alberto

2008 "The Law and Practice of Commitment Decisions: A Comparative Analysis", in *European Competition Law Review*, vol. 29, n.º 12, pp. 669-685.

Cavicchi, Piero

2011 *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 commitment decisions: Lessons from Alrosa*, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper No 3/11, disponível em: http://epub.sub.uni-hamburg.de/epub/volltexte/2014/35563/pdf/DP3_11_Cavicchi_final_corr.pdf (consultado em 15.06.2017).

Cengiz, Firat

2011 "Judicial Review and the Rule of Law in the EU Competition Law Regime After Alrosa", in *European Competition Journal*, vol. 7, n.º 1, pp. 127-153.

Colomo, Pablo Ibáñez

2010 "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", in *Yearbook of European Law*, vol. 29, n.º 1, pp. 261-306.

2013 "Three Shifts in EU Competition Policy: Towards Standards, Decentralization, Settlements", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 3, pp. 363-385.

2016 "Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal Perspective on Article 102º TFEU Case Law", in *Common Market Law Review*, vol. 53, n.º 3, pp. 709-740.

Comissão Europeia

2005 *Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de 12.2005.

2006 *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.o 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003*, 2006/C 210/02, de 01.09.2006.

2009 *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 2009/C 45/02, de 24.02.2009.

2011a *Decisão do Presidente da CE relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência*, 2011/695/UE, de 13.10.2011.

2011b *Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning articles 101 and 102 TFEU*, 2011/C 308/06, de 20.10.2011.

2012 *Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU*, de 03.2012.

Confraria, João

2011 *Regulação e Concorrência: Desafios do século XXI*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

Cook, Christopher J.

2006 "Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 29, n.º 2, pp. 209-228.

Dias, Jorge de Figueiredo

2012 *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Dunne, Niamh

2014a "Commitment Decisions in EU Competition Law", in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, n.º 2, pp. 399-444.

2014b "Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control", in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n.º 2, pp. 225-269.

2015 *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, 1.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press.

First, Harry

1995 "Is Antitrust 'Law'?", in *Antitrust: Consent Decrees – Antitrust Enforcers as Regulators?*, vol. 10, n.º 1, pp. 9-12.

Fiss, Owen M.

1984 "Against Settlement", in *Yale Law Journal*, vol. 93, pp. 1073-1090.

Forrester, Ian S.

2008 "Creating New Rules or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003", in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, USA: Hart Publishing, pp. 637-660.

Furse, Mark

2004 "The decision to commit: some pointers from the U.S.", in *European Competition Law Review*, vol. 25, n.º 1, pp. 5-10.

Gautier, Axel & Petit, Nicolas

2018 "Optimal Enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty", in *European Journal of Law and Economics*, vol. 45, n.º 2, pp. 195-224.

Georgiev, George Stephanov
2007 "Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law", in *Utah Law Review*, vol. 4, pp. 971-1037.

Geradin, Damien & Petit, Nicolas
2011 *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, Tilburg and Law Economics Center Discussion Paper, 2011-008, Fevereiro 2011, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698342 (consultado em 15.06.2017).

Gerard, Damien M. B.
2013 *Negotiated Remedies in the Modernisation Era: The Limits of Effectiveness, Paper to appear in Ph. Lowe and M. Marquis (eds.), European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement, Hart Publ., Oxford/Portland*, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395414 (consultado em 15.06.2017).

Ginsburg, Douglas H. & Wright, Joshua D.
2013 "Antitrust Settlements: The Culture of Consent", in Nicolas Charbit & Elisa Ramundo (coord.), *William E. Kovacic: An Antitrust Tribute, Liber Amicorum*, New York: Institute of Competition Law.
2016 *The Costs and Benefits of Antitrust Consents*, 125th meeting of OECD Competition Committee on 15-17 June 2016, DAF/COMP/WD(2016)81, Outubro 2016, disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)81/en/pdf (consultado em 15.06.2017).

Gorjão-Henriques, Miguel
2010 *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina.

Guthrie, Chris
1999 "Better settle than sorry: the regret aversion theory of litigation behaviour", in *University of Illinois Law Review*, pp. 43-81.

Hancher, Leigh & Hauteclocque, Adrien de
2010 "Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice", in *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 11, n.º 3, pp. 307-334.

Ho, Jean-Claude Alexandre & Messina, Michele
2011 "Re-establishing the Orthodoxy of Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Comment on Commission v. Alrosa", in *European Law Review*, vol. 36, n.º 5, pp. 737-751.

Italianer, Alexander

2013 *To commit or not to commit, that is the question*, Discurso proferido pelo Diretor-Geral da Concorrência, no âmbito da CRA Competition Conference, Dezembro 2013, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_11_en.pdf (consultado em 15.06.2017).

Jenny, Frederic

2015 "Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in Context and the Future of Commitment Decisions", in *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n.º 3, pp. 701-770.

Lang, John Temple

1999 "Competition Law and Regulation Law from an EC Perspective", in *Fordham International Law Journal*, vol 23, n.º 6, pp. 116-121.

2006 "Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law", in Barry E. Hawk (coord.), *International Antitrust Law & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2005*, New York: Juris Publishing, pp. 265-324.

2009a "European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps and Constraints", in François Lévéque & Howard Shelanski (coord.), *Antitrust and Regulation in the EU and US Legal and Economic Perspectives (New Horizons in Competition Law and Economics series)*, Edward Elgar Publishing, pp. 20-75.

2009b "Commitment Decisions under Regulation 1/2003", in Charles Gheur & Nicolas Petit (coord.), *Alternative Enforcement Techniques: Settlements, Commitments, and Other Novel Instruments*, Bruxelles: Bruylant Bruxelles, pp. 121-144.

Lianos, Ioannis

2013 "Competition Law Remedies in Europe – Which Limits for Remedial Discretion?", in Damien Geradin & Ioannis Lianos (coord.), *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, Edward Elgar Publishing, pp. 362-455.

Lugard, Paul & Mollmann, Martin

2013 *The European Commission's Practice under Article 9 Regulation 1/2003: A Commitment a Day Keeps the Court Away?*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (3), Março 2013, disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/the-european-commission-s-practice-under-article-9-regulation-1-2003-a-commitment-a-day-keeps-the-court-away/ (consultado em 15.06.2017).

Maggiolino, Mariateresa

2015 "The regulatory Breakthrough of competition of competition law: definitions and worries", in Fabiana Di Porto & Josef Drexl (coord.), *Competition Law as Regulation*, Edward Elgar Publishing, pp. 3-26.

Manoussakis, Savas

2009 "Liberalization of the EU Electricity Market: Enough to Power Real Progress? Analysis of Ownership Unbundling and the Project for Liberalization of the European Union Electricity Market", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 32, n.º 2, pp. 227-247.

Mantzari, Despoina & Tapia, Javier

2013 "The Regulation / Competition Interaction", in Damien Geradin & Ioannis Lianos (coord.), *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*, Edward Elgar Publishing, pp. 588-627.

Mariniello, Mario

2014 *Commitments or Prohibition? The EU Antitrust Dilemma*, Bruegel Policy Brief, Issue 2014/01, Janeiro 2014, disponível em: http://bruegel.org/2014/01/commitments-or-prohibition-the-eu-antitrust-dilemma/ (consultado em 15.06.2017).

Marsden, Philip

2013 *The Emperor's Clothes Laid Bare: Commitments Creating the Appearance of Law, While Denying Access to Law*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (1), Outubro 2013, disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/the-emperor-s-clothes-laid-bare-commitments-creating-the-appearance-of-law-while-denying-access-to-law/ (consultado em 15.06.2017).

2015 "Towards an Approach to Commitments that is 'Just Right'", in *Competition Law International*, vol. 11, n.º 1, pp. 71-80.

Martins, Patrícia Fragoso

2007 *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais: Em busca de um due process of law na União Europeia*, 1.ª ed., Princípia Editora.

McGeown, Paul & Orologas, Juliette

2013 *You Made a Pledge, Then Keep Your Promise: Article 9 Commitments Decisions in European Antitrust Law*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (3), Março 2013, disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/you-made-a-pledge-then-keep-your-promise-article-9-commitments-decisions-in-european-antitrust-law/ (consultado em 15.06.2017).

Melamed, A. Douglas
1995 "Antitrust: The New Regulation", in *Antitrust*, vol. 10, n.º 1, pp. 13-15.
Monnoyeur, Daphne, Rab, Suzanne & Suktankar, Anjali
2010 "Commitments in EU Competition Cases: Article 9 of Regulation 1/2003, its application and the challenges ahead", in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º 3, pp. 171-188.
Monti, Giorgio
2007 *EC Competition Law*, 1.ª ed., New York: Cambridge University Press.
Monti, Mario
2003 *Applying EU Competition Law to the newly liberalized energy markets*, World Forum on Energy Regulation, SPEECH/03/447, Outubro 2003, disponível em: file:///C:/Users/In%C3%AAs/Downloads/SPEECH-03-447_EN.pdf (consultado em 15.06.2017).
Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
2005 *An Economic Approach to Article 82*, de 06.2005
Paz, José Carlos Laguna de
2014 "Understanding the limits of judicial review in European competition law", in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n.º 1, pp. 203-224.
Perloff, Jeffrey M., Rubinfeld, Daniel L. & Ruud, Paul
1996 "Antitrust Settlements and Trial Outcomes", in *The Review of Economics and Statistics*, vol. 78, n.º 3, pp. 401-409.
Phillips Jr., Charles F.
1961 "The Consent Decree in Antitrust Enforcement", in *Washington and Lee Law Review*, vol. 18, n.º 1, pp. 39-55.
Pollitt, Michael
2007 *The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks*, Judge Business School and ESRC Electricity Policy Research Group, University of Cambridge, Agosto 2007, disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.384.3106&rep=rep1&type=pdf (consultado em 15.06.2017).
Rat, Dorian
2015 "Commitment Decisions and Private Enforcement of EU Competition Law: Friend or Foe?", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38, n.º 4, pp. 527-545.
Sage, Ewelina D. & Skoczny, Tadeusz
2015 *Commitments Decisions as the winning instrument of negotiated enforcement of the abuse prohibition in Europe, or are they?*, 10th ASCOLA Conference at Meiji University, Tokyo Japan – Abuse Regulation in Competition Law:

Past, Present and Future, 2015, disponível em: http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Sage%20&%20Skoczny_final%20draft%20ASCOLA.pdf (consultado em 15.06.2017).

Schweitzer, Heike

2008 "Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law", in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, USA: Hart Publishing, pp. 547-579.

2012 *Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and risks of a new instrument of competition law enforcement within a federal enforcement regime*, E-Competitions Bulletin, Special Issue on Commitment Decisions, Agosto 2012, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101630 (consultado em 15.06.2017).

Stigler, George J.

1971 "The Theory of Economic Regulation", in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n.º 1, pp. 3-21.

Talus, Kim

2016 *Introduction to EU Energy Law*, 1.ª ed., Oxford University Press.

Waelbroeck, Denis

2009 "The development of a new 'settlement culture' in competition cases – What is left to the courts?", in Charles Gheur & Nicolas Petit (coord.), *Alternative Enforcement Techniques: Settlements, Commitments, and Other Novel Instruments*, Bruxelles: Bruylant Bruxelles, pp. 221-260.

Wagner-von Papp, Florian

2012 "Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: The Dangers of Abandoning the 'Struggle for Competition Law'", in *Common Market Law Review*, vol. 49, n.º 3, pp. 929-970.

2013 *Critical Considerations on the Commission's Commitment to the Commitment Procedure*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (3), Março 2013, disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/critical-considerations-on-the-commission-s-commitment-to-the-commitment-procedure/ (consultado em 15.06.2017).

Wils, Wouter P. J.

2006 "Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 29, n.º 3, pp. 345-366.

2008a "The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles", in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, USA: Hart Publishing, pp. 27-45.

2008b *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, 1.ª ed., Oxford: Hart Publishing.