

DIREITO DA CONCORRÊNCIA: O CONTROLO JURISDICIONAL DAS DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS

Maria José Costeira*

ABSTRACT: *This paper provides a succinct analysis of the nature of antitrust decisions adopted by (national and European Union) administrative competition authorities which impose sanctions on undertakings, as well as the nature and intensity of judicial review to which they are subject, so as to determine if this control differs in what concerns national decisions and European Commission decisions.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito nacional. 2.1. Natureza das decisões proferidas pela AdC em processos sancionatórios. 2.2. Amplitude do controlo jurisdicional. 3. Direito da União Europeia. 3.1. Natureza das decisões proferidas pela Comissão em processos sancionatórios. 3.2. Amplitude do controlo jurisdicional. 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A intensidade do controlo jurisdicional das decisões proferidas pelas autoridades responsáveis pela fiscalização do respeito pelas regras da concorrência em processos sancionatórios é uma questão não consensual e há muito discutida. Para se proceder à delimitação desse controlo tem, necessariamente, de se atender, por um lado, à natureza jurídica destas decisões e, por outro lado, ao seu conteúdo que tende, cada vez mais, a ter uma forte componente económica com um elevado grau de complexidade.

Por um lado, sendo as entidades autores destas decisões autoridades administrativas – a nível nacional a Autoridade da Concorrência (AdC) e a nível da União Europeia (UE) a Comissão Europeia-Direção Geral da Concorrência (Comissão) – as suas decisões são, à partida, decisões administrativas.

* Juíza no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais e não vinculam, de modo algum, a instituição onde a autora exerce funções.

Mas sendo decisões administrativas, são elas atos administrativos vinculados ou atos administrativos discricionários? Esta definição assume um papel central na definição do âmbito do controlo jurisdicional uma vez que as decisões discricionárias têm subjacente um juízo de conveniência e oportunidade inerente a critérios de ponderação e a regras de boa administração e de prossecução do interesse público que não é passível de controlo jurisdicional sob pena de o poder judicial se substituir à Administração na função de administrar que é exclusiva desta. Assim, no caso das decisões puramente discricionárias, o controlo jurisdicional é por natureza um controlo mais limitado.

Por outro lado, e independentemente da sua qualificação como atos vinculados ou discricionários, tendo grande parte das decisões proferidas em processos sancionatórios apreciações económicas de elevado grau de complexidade, gozarão as mesmas de uma espécie de presunção reforçada de legitimidade? Trata-se de saber se deverá haver limites ao controlo jurisdicional, podendo as decisões ser revistas pelo poder judiciário apenas em caso de erro grosseiro, uma vez que as decisões se enquadram num domínio em que as autoridades administrativas gozam de uma certa discricionariedade técnica e em que estão, em princípio, mais habilitadas do que os tribunais para decidir sobre questões técnicas para as quais têm maior preparação técnica.

Independentemente da conclusão a que se chegue em resposta a estas questões, há ainda que apurar se o tipo de controlo jurisdicional levado a cabo pela jurisdição nacional é igual ao tipo de controlo efetuado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

2. DIREITO NACIONAL

2.1. Naturezas das decisões proferidas pela AdC em processos sancionatórios

As decisões proferidas pela AdC em processos sancionatórios são atos jurídicos, adotados no exercício de uma atividade de natureza administrativa, proferidos ao abrigo de normas de direito público que visam produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta. São, pois, atos administrativos.

Trata-se, porém, de atos administrativos que sancionam ilícitos de mera ordenação social. De acordo com o Regime Jurídico da Concorrência (RJC¹) os processos sancionatórios relativos a práticas restritivas regem-se pelo regime sancionatório estabelecido no próprio RJC e subsidiariamente (sendo

¹ Aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, alterada pela Lei n.º 23/2018, de 05 de junho.

aqui irrelevante a propriedade da expressão subsidiário) pelo regime geral do ilícito de mera ordenação social (artigos 13.º e 59.º do RJC). Por essa via, a estes processos sancionatórios aplica-se também, subsidiariamente, o regime processual penal (artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas – RGCO²).

No que respeita às regras procedimentais e processuais temos, pois, um regime absolutamente regulado, um sistema de enunciação completo das regras aplicáveis, sem espaço para qualquer discricionariedade. Tais regras não são as previstas no Código de Procedimento Administrativo ou no Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, mas sim as regras definidas pelo diploma próprio das infrações ao direito da concorrência e subsidiariamente pelo RGCO.

Igual regulação existe no que às regras substantivas respeita. Com efeito, a AdC tem que subsumir os princípios e regras jurídicas ao caso concreto, o que implica o respeito pelas regras da hermenêutica jurídica e não deixa margem para convicções de quem decide nem para entendimentos ditados por razões de ordem não jurídica ou outra. Dito de outro modo, não há espaço para qualquer juízo de oportunidade.

De facto, ao apreciar determinada conduta, a AdC tem de verificar se os elementos do tipo estão preenchidos e tem de fazê-lo de forma objetiva, o que pressupõe a interpretação e aplicação dos princípios protegidos pela lei tendo sempre em vista o interesse público específico que lhes está subjacente: a defesa da concorrência. Nesta sua tarefa, a AdC não tem verdadeiramente uma opção: subsumindo os factos ao direito ou conclui que foi praticada uma infração ou conclui que não o foi, havendo sempre lugar a uma única solução de direito.

A AdC está, pois, vinculada a imperativos ditados pela proteção da concorrência. As decisões resultam sempre da aplicação do direito da concorrência ao caso concreto e, nessa medida, não estão desvinculadas dos princípios e regras estabelecidos por esse direito. Mais importante é o facto de tais decisões aplicarem normas imperativas e tendencialmente fechadas: as que definem os tipos de ilícito em causa.

Assim, e mesmo sem entrar ainda na especificidade que caracteriza as decisões da AdC proferidas em processos sancionatórios em virtude de as

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as alterações introduzidas pela Declaração de 06 de janeiro de 1983, pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro, pela Declaração de 31 de outubro de 1989, pelos Decretos-Lei n.ºs 244/95, de 14 de Setembro e 323/2001, de 17 de dezembro e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

infrações terem a natureza de ilícitos de mera ordenação social, dir-se-á que, do ponto de vista jurídico, está afastado o eventual caráter discricionário destas decisões, o que significa que se trata de decisões vinculadas.

2.2. Amplitude do controlo jurisdicional

Caracterizadas as decisões da ADC proferidas em processos sancionatórios como decisões administrativas vinculadas, importa perceber se as especificidades próprias destas decisões (existência de apreciações de natureza económica complexas características de domínios onde a discricionariedade técnica impera, por um lado, e de um elevado número conceitos indeterminados, por outro) impõem, por si mesmas, alguns limites ao controlo de plena jurisdição.

No que à tecnicidade das decisões respeita, e ainda do ponto de vista estritamente administrativo, afigura-se que a mesma não expressa, em si mesmo, qualquer juízo de conveniência ou oportunidade técnica. Havendo sempre uma certa margem discricionária dentro dos limites técnico-científicos, a atividade administrativa permanece sempre vinculada desde logo aos critérios técnicos que estabeleceram ditames claros e de aceitação unânime pela comunidade científica. O que significa, nomeadamente, que essas decisões podem ser sindicadas por erro nos respetivos pressupostos (por ex. por não terem adotado a solução mais unânime e consensual na comunidade científica nem terem justificado esse desvio).

No que à presença de conceitos indeterminados respeita, é certo que no direito da concorrência imperaram os conceitos indeterminados. Ora o preenchimento valorativo de conceitos vagos e indeterminados implica juízos de discricionariedade dita imprópria e, embora esta possa ser qualificada como uma figura distinta da discricionariedade *proprio sensu*, não é fácil estabelecer a fronteira entre a primeira e a segunda dado o espaço normativo de indeterminação comum a ambas as figuras.

É inegável que apenas há discricionariedade se houver margem para preenchimento do conceito indeterminado em termos tais que à administração seja permitido optar por uma de entre várias decisões, sendo qualquer delas juridicamente válida. Saber se o recurso pela lei a conceitos indeterminados conduz ou não à atribuição de poder discricionário à administração é algo que só em concreto, face ao conceito concreto utilizado pela norma, se pode aferir.

No caso das regras sancionatórias do direito da concorrência, estão em causa conceitos indeterminados que, pela sua própria natureza, carecem de interpretação jurídica, mas em que não é dada à AdC a possibilidade de optar por mais do que uma solução em concreto. A interpretação a fazer situa-se

sempre no campo da legalidade, não sendo, no caso, mais do que um mecanismo de aplicação do direito a situações concretas. Pode dizer-se que é um campo de interpretação complexo, mas não passa por isso a ser discricionário. Logo, não há quaisquer valorações subjetivas a realizar, não há espaço para juízos de conveniência ou oportunidade. Ou seja, o preenchimento desses conceitos indeterminados não permite duas soluções legalmente possíveis, apenas uma.

Em suma, mesmo numa perspetiva estritamente administrativa, as decisões da AdC proferidas em processos sancionatórios são decisões administrativas vinculadas sujeitas a um controlo de plena jurisdição.

Porém, mesmo que assim não se entendesse, o certo é que a natureza deste direito sancionatório a nível nacional não permite outra conclusão. Com efeito, as infrações previstas no RJC estão caracterizadas, entre nós, como contraordenações puníveis com coima – *cfr.* artigo 68.º, n.º 1, alínea a) do RJC. Este enquadramento nacional das infrações ao direito da concorrência constitui a grande diferença entre o direito nacional e o direito da UE. No direito nacional as infrações básicas têm a natureza de contraordenações, enquanto no direito comunitário estamos ante ilícitos administrativos. Embora a discussão doutrinária sobre a intrínseca natureza dos ilícitos a nível comunitário seja antiga – com alguns autores a cominarem-lhe uma natureza quase-penal – o certo é que juridicamente existe uma diferença considerável entre os dois tipos de infração.

Ora, tendo a infração uma natureza para-penal, em que imperam desde logo os princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, não cabendo ao infrator a prova de que não praticou qualquer infração mas antes à autoridade administrativa a prova de que a mesma foi cometida, e em que há lugar à produção de prova na fase de revisão da decisão proferida pela autoridade, impõe-se concluir que as decisões da AdC estão sujeitas, necessária e obrigatoriamente, a um controlo jurisdicional total, a um verdadeiro controlo de plena jurisdição, sem restrições.

Ou seja, o Tribunal pode, na (re)apreciação do caso concreto, apreciar e valorar a prova de forma diversa da que foi efetuada pela autoridade, adotar entendimento diverso sobre a subsunção do facto às normas aplicáveis ou concluir que a sanção aplicável ao caso (em função, nomeadamente, da gravidade da infração, da culpa do agente, das necessidades de prevenção) deve ser outra que não a aplicada pela AdC. Em suma, o Tribunal pode manter, revogar ou alterar a decisão impugnada, apreciando, para o efeito, todos os elementos, apreciações e conclusões dessa decisão.

O único limite a considerar é o imposto pelos direitos de defesa do presumível infrator que exigem que o mesmo possa exercer o contraditório em todas as fases do processo e que lhe seja assegurado o exercício efetivo do seu direito de defesa ao longo de todo o processo. No caso da revisão da decisão proferida pela AdC, tais direitos estão garantidos desde que ao arguido seja dada a possibilidade de requerer a produção de prova, de acompanhar todo o julgamento e a produção de prova que nele for produzida, de se pronunciar sobre a mesma e sobre a sua subsunção às normas.

Por conseguinte, no âmbito dos recursos das decisões proferidas em processos sancionatórios pela AdC, o tribunal tem poderes de plena jurisdição no âmbito dos quais se inserem, designadamente, o de examinar os meios de prova, inclusive os que sustentam as conclusões de natureza económica, o de valorar a prova, o de efetuar a subsunção dos factos ao direito e o de alterar a decisão condenatória. Em suma, cabe ao Tribunal fazer não só um controlo de legalidade mas também de mérito.

3. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

3.1. Natureza das decisões proferidas pela Comissão em processos sancionatórios

No que respeita à natureza das decisões da Comissão, tem inteira aplicação o referido supra a propósito das decisões da AdC: ao apreciar determinada conduta, a Comissão tem de verificar de forma objetiva se os elementos do tipo estão preenchidos, o que pressupõe a interpretação e aplicação dos princípios protegidos pela lei tendo sempre em vista o interesse público específico que lhes está subjacente: a defesa da concorrência. Nesta sua tarefa a Comissão não tem verdadeiramente uma opção: subsumindo os factos ao direito ou conclui que foi praticada uma infração ou conclui que não o foi, havendo sempre lugar a uma única solução de direito.

Assim, tal como as autoridades nacionais, a Comissão está sujeita a uma vinculação clara a imperativos ditados pela proteção da concorrência. As decisões resultam sempre da aplicação do direito da concorrência ao caso concreto e, nessa medida, não estão desvinculadas dos princípios e regras estabelecidos por esse direito. São, portanto, decisões de natureza administrativa que, do ponto de vista jurídico, têm carácter vinculado.

Já no que respeita às apreciações económicas complexas subjacentes às decisões, a jurisprudência do TJUE reconheceu desde sempre à Comissão

uma margem de apreciação característica dos atos administrativos discricionários. Importa perceber em que se traduz esta margem de apreciação e qual o impacto que a mesma tem a nível do controlo jurisdicional.

3.2. Amplitude do controlo jurisdicional

A Comissão é a autoridade administrativa que tem os poderes para assegurar a aplicação efetiva das regras da concorrência (artigo 17.º, n.º 1, TUE³ e 105.º TFUE⁴), sendo as suas decisões sujeitas a um primeiro controlo pelo Tribunal Geral (TG) e a um segundo controlo pelo Tribunal de Justiça (TJ), neste caso limitado às questões de direito. A intensidade e abrangência do controlo jurisdicional das decisões proferidas pela Comissão em processos sancionatórios foram sendo densificadas pela jurisprudência do TJUE ao longo dos tempos.

Desde sempre definido como um controlo de legalidade que tem como objetivo assegurar o respeito pelo direito na interpretação e aplicação das regras da concorrência, os seus limites têm sido paulatinamente alargados quer a nível da legislação quer a nível da jurisprudência que a interpreta.

A nível legislativo, importa ter presente a evolução operada desde o Tratado CECA até ao atual TUE, evolução essa que, tal como interpretada pelo TJUE, demonstra claramente uma flexibilização da noção de controlo de legalidade na matéria.

Assim, no Tratado CECA⁵ a competência do Tribunal era definida nos seguintes termos (artigo n.º 33.º):

“O Tribunal é competente para conhecer dos recursos de anulação com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos das decisões e recomendações da Alta Autoridade por um dos Estados-membros ou pelo Conselho. Todavia, o Tribunal não pode apreciar a situação decorrente dos factos ou circunstâncias económicas em atenção à qual foram proferidas as referidas decisões ou recomendações, excepto se a Alta Autoridade for acusada de ter cometido um desvio de poder ou de ter ignorado, de forma manifesta, as disposições do Tratado ou qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação.” (sublinhado nosso).

³ Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht a 7 de fevereiro de 1992.

⁴ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, assinado em Lisboa a 13 de dezembro de 2007.

⁵ Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, assinado em Paris a 18 de abril de 1951.

Esta referência expressa aos factos ou circunstâncias económicas foi suprimida nas disposições correspondentes dos tratados subsequentes, aparecendo a competência do Tribunal definida já no artigo 173.º do Tratado CEE⁶, como:

“O Tribunal de Justiça fiscaliza a legalidade dos atos do Conselho e da Comissão que não sejam recomendações ou pareceres. Para o efeito, é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-membro, pelo Conselho ou pela Comissão.”, definição que se mantém nos mesmos moldes no artigo 263.º do atual TFUE.

Esta evolução legislativa é de alguma forma resultado da jurisprudência do TJUE que, ao longo dos anos, foi concretizando e densificando os critérios subjacentes ao controlo jurisdicional, forçando em certa medida o legislador a alterar a redação das normas referidas.

Num dos primeiros acórdãos relevantes em que o Tribunal explicou como entendia o controlo jurisdicional das decisões da Comissão, o acórdão Consten e Grundig datado de 1966⁷, estava em causa uma decisão da Comissão proferida no âmbito da norma correspondente ao atual artigo 101.º do TFUE em que esta considerou que um determinado acordo não estava abrangido por uma das exceções previstas no n.º 3 do referido artigo. Na sua decisão a Comissão aferiu da existência de restrições à concorrência tomando em consideração todo o sistema de distribuição organizado pela Grundig. Ao Tribunal impunha-se aferir da legalidade desta decisão o que fez começando por constatar que

“para caracterizar a situação contratual, deve colocar-se o contrato no contexto económico e jurídico que as partes tiveram em conta aquando da sua celebração”, para de seguida afirmar que *“o exercício dos poderes da Comissão inclui necessariamente apreciações complexas de natureza económica. O controlo jurisdicional dessas apreciações deve respeitar esse carácter, limitando-se ao exame da veracidade dos factos e das qualificações jurídicas a que procedeu a Comissão”*, concretizando que *“[e]sse controlo exerce-se em primeiro lugar sobre a fundamentação das decisões que, quanto às referidas apreciações, deve precisar os factos e considerações em que se baseiam”*.

⁶ Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, assinado em Roma a 25 de março de 1957.

⁷ C-56/64, Consten e Grundig v Comissão, 13.7.1966, ECLI:EU:C:1966:4.

Esta interpretação, que corresponde ao controlo limitado característico de um puro controlo de legalidade, foi sendo reiterada ao longo dos tempos, sempre com o mesmo postulado de base mas com a introdução de algumas nuances. Assim, em 1984, num acórdão igualmente relevante, o acórdão Remia⁸, o TJ especificou que:

“Se em geral o Tribunal exerce um controlo total quanto a saber se as condições de aplicação do artigo 85.º, §1, se encontram ou não reunidas, afigura-se que a determinação da duração admissível de uma cláusula de não concorrência, inserida num acordo de cessão de empresa, exige, da parte da Comissão, apreciações económicas complexas. Cabe ao Tribunal limitar o seu controlo sobre tais apreciações à verificação do respeito pelas regras processuais, ao caráter suficiente da motivação, à exatidão material dos factos, à inexistência de erro manifesto de apreciação ou de abuso de poder.”

Esta jurisprudência do TJ foi seguida pelo TG desde a sua criação. Assim, logo no acórdão Groupement des cartes bancaires «CB» e Europay International SA v Comissão⁹ o Tribunal, citando o acórdão Remia, afirma que:

“O controlo exercido pelo Tribunal sobre as complexas apreciações económicas efetuadas pela Comissão ao fazer uso da margem discricionária que lhe é conferida pelo n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, em relação a cada uma das quatro condições deste preceito, deve limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como à exatidão material dos factos, à inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder...”.

Em 1992, no acórdão Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e outros V Comissão¹⁰, o TG recorda a jurisprudência anterior precisando que:

“No caso em apreço, compete portanto ao Tribunal verificar se os factos em que a Comissão baseou a sua decisão de indeferimento do pedido de isenção são exatos no plano material e se a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao afastar a

⁸ C-42/84, Remia v Comissão, 11.07.1985, ECLI:EU:C:1985:327, ponto 34.

⁹ T-39/92 e 40/92, Groupement des cartes bancaires «CB» e Europay International SA v Comissão, 23.02.1994, ECLI:EU:T:1994:20, ponto 109.

¹⁰ T- 29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e outros V Comissão, 21.02.1995, ponto 289.

abordagem macroeconómica proposta pelas recorrentes para adotar uma abordagem microeconómica dos regulamentos.”.

Em 2001, no acórdão Metrópole television e outros v Comissão¹¹, o TG reafirma a mesma jurisprudência ao afirmar que:

“há que salientar que, uma vez que a apreciação do carácter acessório de um compromisso especial em relação a uma operação principal implica apreciações económicas complexas a fazer pela recorrida, o controlo jurisdicional desta apreciação se limita à verificação do respeito das regras processuais, do carácter bastante da fundamentação e da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder...”.

Também no domínio do controlo de concentrações o TJ adotou este entendimento. Assim, no acórdão França v Comissão¹², o TJ afirmou que:

“... deve, todavia, salientar-se que as regras materiais do regulamento, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão certo poder discricionário, designadamente, no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, o controlo pelo órgão jurisdicional comunitário do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efetuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações”.

E ainda no domínio dos abusos de posição dominante conforme resulta do acórdão Kish Glass v Comissão¹³ em que o TG afirmou que:

“A título preliminar, o Tribunal de Primeira Instância recorda que resulta de jurisprudência constante que, embora o órgão jurisdicional comunitário exerça, de modo geral, um controlo integral no que respeita à questão de saber se estão ou não reunidas as condições de aplicação das regras de concorrência, o controlo que exerce sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão deve, contudo, limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.”.

11 T-112/99 Metrópole television e outros v Comissão, 18.09.2001, ECLI:EU:T:2001:215, ponto 114.

12 C-68/94, República Francesa v Comissão, 31.03.1998, ECLI:EU:C:1998:148, pontos 223 e 224.

13 T-65/96 Kish Glass v Comissão, 30.03.2000, ECLI:EU:T:2000:93, ponto 64.

Da jurisprudência citada pode concluir-se que o entendimento do TJUE se manteve constante até ao início dos anos 2000: na revisão das decisões da Comissão está em causa sobretudo um controlo de legalidade de índole administrativa, cabendo ao Tribunal essencialmente, verificar se a decisão impugnada (i) procede a um exame apropriado dos elementos de facto e de direito no respeito pelas regras processuais e de fundamentação; (ii) respeita a exatidão material dos factos; (ii) não contém erros de direito nem (v) erros manifestos de apreciação; (vi) não se verifica desvio de poder.

A partir de dada altura, porém, o TJUE, embora sempre com a preocupação de garantir que não se substitui à administração, começou a dar claros sinais de pretender intensificar o controlo que faz das apreciações económicas complexas presentes nas decisões da Comissão.

Assim, no início dos anos 2000, num caso respeitante a uma operação de concentração, o caso Tetra Laval v Comissão¹⁴, o TG anulou a decisão da Comissão por considerar que esta não tinha produzido a prova que lhe é exigida quando adota uma decisão que declara uma operação de concentração incompatível com o mercado comum. Neste acórdão o tribunal faz uma análise minuciosa da prova produzida explicitando as razões pelas quais os vários elementos de prova não são suficientes para que se possa concluir ser a operação em causa incompatível com o mercado comum.

A Comissão recorreu do acórdão do TG para o TJ alegando, designadamente, que o TG anulou a decisão invocando o critério do erro manifesto de apreciação quando, na verdade, ao exigir a apresentação de “provas convincentes” aplicou um critério diferente, esquecendo o poder discricionário conferido à Comissão relativamente às questões de facto e às questões económicas complexas. Ou seja, segundo a Comissão, o TG afastou-se da jurisprudência Kali und Salz, tanto no que concerne à natureza do controlo jurisdicional como no que concerne ao nível de prova exigido.

O TJ, depois de recordar a jurisprudência Kali & Saltz, confirmou a decisão do TG¹⁵ afirmando que:

“Embora o Tribunal de Justiça reconheça à Comissão uma margem de apreciação em matéria económica, tal não implica que o tribunal comunitário se deva abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz de dados de natureza económica. Com efeito, o tribunal comunitário deve, designadamente, verificar não só a exatidão material dos

¹⁴ T-5/02 Tetra Laval V Comissão, 25.10.2002, ECLI:EU:T:2002:264.

¹⁵ C-12/03 Comissão v Tetra Laval, 15.02.2005, ECLI:EU:C:2005:87, pontos 38 e 39.

elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram. Essa fiscalização ainda é mais necessária quando se trata de uma análise prospetiva exigida pelo exame de um projecto de concentração que produz um efeito de conglomerado.”

Esta jurisprudência foi sucessivamente reafirmada pelo TG. Logo no mesmo ano, no caso General Electric v Comissão¹⁶, o TG confirmou que:

“Quanto à natureza da fiscalização do juiz comunitário, há que sublinhar a distinção essencial que existe entre, por um lado, os dados e as constatações de facto, cuja eventual inexatidão pode ser referida pelo juiz à luz dos argumentos e elementos de prova que lhe são apresentados e, por outro, as apreciações de ordem económica.

Embora deva ser reconhecida à Comissão uma margem de apreciação para efeitos da aplicação das regras materiais do Regulamento n.º 4064/89, isso não implica que o juiz comunitário não deva fiscalizar a qualificação jurídica que a Comissão faz de dados de natureza económica. Com efeito, o juiz comunitário deve, designadamente, não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se extraem (...)

Embora estes princípios se apliquem a todas as apreciações de ordem económica, a fiscalização jurisdicional efetiva ainda é mais necessária quando a Comissão efectua uma análise prospetiva das evoluções num mercado que poderiam resultar da concentração projetada.”

Nos anos subsequentes o TG continuou a dar mostras claras de ter intensificado o controlo também sobre as apreciações económicas feitas pela Comissão. A título exemplificativo veja-se o acórdão GlaxoSmithKline Services v Commission¹⁷ no qual o TG começa por recordar que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação, no que respeita às apreciações económicas complexas, sobre as quais não pode ser exercido mais do que um controlo jurisdicional limitado, não cabendo ao Tribunal substituir a sua apreciação económica à do autor da decisão cuja legalidade deve apreciar.

16 T-210/01 General Electric v Comissão, 14.12.2005, ECLI:EU:T:2005:456, pontos 62 a 64.

17 T-168/01 GlaxoSmithKline Services v Commission, 27.09.2006, ECLI:EU:T:2006:265, pontos 245, 303 e 304, confirmado pelo acórdão do TJ C-501/06 P).

Enunciado o princípio, o TG delimitou o controlo do seguinte modo:

“... o controlo exercido sobre a decisão da Comissão faz-se exclusivamente face aos elementos de facto e de direito existentes à data da adoção da Decisão atacada, sem prejuízo da possibilidade de as partes, no exercício dos seus direitos de defesa, os completarem com meios de prova posteriores a essa data, mas apresentados especificamente com o objectivo de atacarem ou defenderem essa decisão (v. n.º 58 supra).

Resulta de quanto precede que a Decisão está viciada por omissão de apreciação, uma vez que a Comissão não teve validamente em conta todos os argumentos de facto e elementos de prova pertinentemente apresentados pela GSK, não tendo refutado alguns destes argumentos, sendo que eles eram suficientemente pertinentes e fundamentados para impor uma resposta, e não tendo fundamentado de forma juridicamente suficiente a sua conclusão de que não se provara, por um lado, que o comércio paralelo era apto a provocar uma perda de eficiência por alterar sensivelmente a capacidade de inovação da GSK e, por outro, que o artigo 4.º das condições gerais de venda era apto a permitir a obtenção de um ganho por melhoria desta capacidade.

Tendo concluído a sua análise dos argumentos de facto e dos elementos de prova apresentados pela GSK, considerando que eles não demonstravam a existência de uma vantagem objetiva sensível, a Comissão não procedeu à apreciação complexa (v. n.º 241 supra) que implicaria o exercício de ponderação entre essa vantagem e o inconveniente para a concorrência identificado no quadro da parte da Decisão que aplica o artigo 81.º, n.º 1, CE, como a Comissão sublinhou várias vezes na audiência”.

Controlo igualmente intenso foi feito no acórdão Microsoft v Comissão¹⁸ no qual o TG, depois de recordar que o Tribunal “não se deve abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz dos dados de natureza económica. Nesta matéria, incumbe-lhe verificar se a Comissão baseou a sua apreciação em elementos de prova exatos, fiáveis e coerentes, se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram”, fez uma revisão detalhada da análise económica levada a cabo pela comissão nos pontos subsequentes do acórdão.

Note-se que, apesar de o acórdão Tetra Laval ter sido proferido na vigência do anterior regulamento relativo ao controlo das concentrações de empresa¹⁹, a jurisprudência fixada mantém-se plenamente em vigor com o

18 T-201/04 Microsoft v Comissão, 17.09.2007, ECLI:EU:T:2007:289, ponto 482.

19 Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989.

novo regulamento²⁰ conforme se pode constatar, por exemplo, no acórdão Ryanair v Comissão²¹.

Esta abordagem estendeu-se aos processos antitrust como ilustrado nos acórdãos Chalkor v Comissão²² e KME Germany e.a. v Comissão²³. No primeiro dos referidos acórdãos o TJ, depois de fazer apelo ao princípio da proteção jurisdicional efetiva, afirma o seguinte²⁴:

“A fiscalização jurisdicional das decisões das instituições foi organizada pelos Tratados fundadores. Além da fiscalização da legalidade, prevista actualmente no artigo 263.º TFUE, foi prevista uma fiscalização de plena jurisdição no que respeita às sanções estabelecidas nos regulamentos.

No tocante à fiscalização da legalidade, o Tribunal de Justiça já declarou que, apesar de a Comissão dispor de uma margem de apreciação em matéria económica, em domínios que originam apreciações económicas complexas, tal não implica que o juiz da União se deva abster de fiscalizar a interpretação, feita pela Comissão, de dados de natureza económica. Com efeito, o juiz da União deve, designadamente, verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência mas também fiscalizar se estes elementos constituem o conjunto dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram...”.

E estendeu-se igualmente aos processos de auxílio de Estado como se constata nomeadamente no acórdão do TG Lenzing v Comissão²⁵ que veio a ser confirmado pelo TJ nos seguintes termos²⁶:

“Quanto ao argumento relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter ultrapassado o nível de fiscalização que lhe é reconhecido pela jurisprudência num domínio que origina apreciações económicas complexas, importa, em primeiro lugar, recordar que, embora o Tribunal de Justiça reconheça à Comissão uma margem de apreciação em

20 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.

21 T-342/07 Ryanair v Comissão, ECLI:EU:T:2010:280, pontos 29 a 31.

22 C-386/10 Chalkor v Comissão, 8.12.2011, pontos 119 a 121.

23 C-389/10 KME Alemanha e.a. v Comissão, 8.12.2011

24 C-386/10, pontos 53 e 54.

25 T-36/99 Lenzing v Comissão, 31.10.2004, ECLI:EU:T:2004:312.

26 C-525/04 Espanha v Lenzing, 22.11.2007, ECLI:EU:C:2007:698, pontos 56 a 60.

matéria económica, tal não implica que o tribunal comunitário se deva abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão fez de dados de natureza económica (acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C 12/03 P, Colect., p. I 987, n.º 39). No entanto, no âmbito desta fiscalização, não lhe compete substituir a apreciação da Comissão, no plano económico, pela sua (despacho de 25 de Abril de 2002, DSG Dradenauer Stahlgesellschaft/Comissão, C 323/00 P, Colect., p. I 3919, n.º 43).

Além disso, cumpre assinalar que, no caso de uma instituição comunitária dispor de um amplo poder de apreciação, o controlo do respeito de determinadas garantias processuais assume uma importância fundamental. O Tribunal de Justiça já teve ocasião de precisar que entre estas garantias figura a obrigação de a instituição competente examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso concreto e de fundamentar a sua decisão de forma suficiente (v. acórdãos de 21 de Novembro de 1991, Technische Universität München, C 269/90, Colect., p. I 5469, n.º 14, e de 7 de Maio de 1992, Pesquerias De Bermeo e Naviera Laida/Comissão, C 258/90 e C 259/90, Colect., p. I 2901, n.º 26).

Ora, tratando-se da fiscalização jurisdicional exercida pelo Tribunal de Primeira Instância sobre o referido exame, resulta dos n.os 154 a 160 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância, sem substituir a apreciação da Comissão pela sua, se limitou a realçar, por um lado, certas contradições manifestas, resultantes do próprio texto da decisão controvertida, na comparação efetuada pela Comissão entre a situação dos credores públicos e a dos credores privados e, por outro, a inexistência de elementos que provem as conclusões da Comissão quanto à situação de um destes credores privados e às perspetivas de rentabilidade e de viabilidade da Sniace.”

Finalmente, a decisão mais recente nesta linha é o acórdão Intel v Comissão. Neste processo, a Comissão, concluindo ter a Intel cometido uma infração ao artigo 102.º do TFUE, aplicou-lhe uma coima no valor de 1.06 milhões de euros. Inconformada com a decisão, a Intel recorreu para o TG pondo em causa a decisão recorrida, designadamente, quanto à repartição do ónus da prova e ao nível de prova exigido, à qualificação jurídica dos descontos e dos pagamentos concedidos em contrapartida de um abastecimento exclusivo, bem como à qualificação jurídica de pagamentos, que a Comissão denominou de «restrições diretas», destinados a que determinados fabricantes de equipamentos informáticos atrasassem, anulassem ou restringissem a comercialização de produtos equipados com processadores CPU de uma empresa concreta.

O TG²⁷ considerou, em suma que os descontos concedidos aos fabricantes em causa eram descontos de exclusividade por estarem sujeitos à condição de o cliente se abastecer, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades de Unidades Centrais de Processamento (CPU), junto da Intel, não dependendo a qualificação de um desconto dessa natureza como abusivo de uma análise das circunstâncias do caso concreto destinada a estabelecer a sua capacidade para restringir a concorrência. Fazendo uma análise exaustiva da factualidade relevante, o TG concluiu que a Comissão fez uma análise das circunstâncias concretas e que demonstrou suficientemente a capacidade de os descontos e pagamentos de exclusividade concedidos aos ditos fabricantes restringirem a concorrência. A final o TG manteve a decisão recorrida.

Inconformada com a decisão a Intel interpôs recurso para o TJ²⁸ criticando desde logo o acórdão recorrido por o Tribunal ter admitido que as práticas em causa podiam ser qualificadas de abuso de posição dominante sem ter procedido previamente ao exame da totalidade das circunstâncias concretas e examinado a probabilidade de uma restrição da concorrência resultar desse comportamento. Criticou ainda a análise feita pelo TG sobre a capacidade de os descontos e pagamentos concedidos aos fabricantes restringirem a concorrência tendo em conta as circunstâncias concretas, bem como a apreciação que fez da pertinência do teste AEC (*as efficient competitor test*) aplicado pela Comissão. Em concreto, alegou que, uma vez que a Comissão procedeu a esse teste, o TG deveria ter examinado a argumentação que apresentou de acordo com a qual o referido teste continha numerosos erros, sendo certo que, se tivesse sido aplicado corretamente, teria conduzido à conclusão contrária àquela a que chegou a Comissão de que os descontos controvertidos não eram aptos a restringir a concorrência.

O TJ anulou o acórdão recorrido considerando que (pontos 142 e seguintes):

“No presente caso, embora tenha sublinhado, na decisão controvertida, que os descontos em causa eram, pela sua própria natureza, capazes de restringir a concorrência, de forma que nem a análise da totalidade das circunstâncias concretas nem, em particular, o teste AEC eram necessários para declarar a existência de um abuso de posição dominante (...) a Comissão procedeu, não obstante, a um exame aprofundado dessas circunstâncias, desenvolvendo muito pormenorizadamente... a sua análise no âmbito do teste AEC, análise que a levou a concluir... que um concorrente igualmente eficaz teria de praticar

27 T-286/09 Intel v Comissão, 12.06.2014, EU:T:2014:547, pontos 79, 80 a 89, 172 a 197.

28 C-431/14 Intel v Comissão, 6.11.2017, ECLI:EU:C:2017:632.

preços inviáveis e que, por conseguinte, a prática de descontos em causa era suscetível de produzir efeitos de exclusão desse concorrente.

Conclui-se que, na decisão controvertida, o teste AEC teve uma importância real na apreciação, pela Comissão, da capacidade da prática dos descontos em causa de produzir um efeito de exclusão de concorrentes igualmente eficazes.

Nestas condições, o Tribunal Geral estava obrigado a examinar a totalidade dos argumentos da Intel formulados a propósito desse teste.

Ora, o Tribunal Geral declarou... que não era necessário examinar se a Comissão tinha realizado o teste AEC devidamente e sem cometer erros, e que também não era necessário examinar a questão de saber se os cálculos alternativos propostos pela Intel tinham sido efetuados corretamente.

Assim, no âmbito do seu exame, a título exaustivo, das circunstâncias do caso concreto, o Tribunal Geral negou (...) qualquer pertinência ao teste AEC realizado pela Comissão e, por conseguinte, não respondeu às críticas feitas pela Intel contra esse teste.

Consequentemente... há que anular o acórdão recorrido, uma vez que o Tribunal Geral não tomou em consideração, erradamente, no âmbito da sua análise relativa à capacidade dos descontos controvertidos de restringirem a concorrência, a argumentação da Intel destinada a denunciar pretensos erros cometidos pela Comissão no âmbito do teste AEC.

Este acórdão tem sido interpretado como mais um sinal dado pelo TJ de que o controlo do tribunal deve ser intensificado no que respeita aos juízos de índole económica, sinal que já havia aliás sido dado no acórdão CB v Comissão²⁹ quando o TJ considerou que

“Ao limitar-se, por várias vezes... a reproduzir o conteúdo da decisão controvertida, o Tribunal Geral de facto não verificou, quando estava obrigado a fazê-lo, se os elementos admitidos pela Comissão nessa decisão lhe permitiam concluir corretamente que as medidas em causa, tendo em conta os seus termos, objetivos e contexto, apresentavam um grau suficiente de nocividade face à concorrência para se considerar que tinham por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, e, portanto, se os referidos elementos constituíam o conjunto dos dados pertinentes a serem tomado em consideração para o efeito”.

O certo é que este acórdão é claro: cabe ao Tribunal apreciar todos os argumentos e provas apresentados pelas partes e que ponham em causa as implicações que lhes são feitas na decisão da Comissão, incluindo os que incidem

²⁹ C-67/13 P CB v Comissão, 11.09.2014, ECLI:EU:C:2014:2204, ponto 90.

sobre as apreciações económicas complexas relacionadas com os factos do caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Nas últimas duas décadas, e especialmente na última década, o direito da concorrência sofreu uma grande evolução, sendo patente a influência cada vez maior da economia e das teorias económicas não só na prática das autoridades administrativas mas na própria legislação. Cabe ao TJUE, como a qualquer tribunal nacional relativamente às decisões das autoridades nacionais, controlar a correta aplicação da lei pelas instituições europeias e, na medida do necessário, proceder à interpretação das disposições legislativas.

Tendo em conta a existência inequívoca de uma certa discricionariedade na esfera da Comissão, impõe-se definir com clareza os limites da margem de apreciação do Tribunal, o que equivale a dizer que se impõe definir em que circunstâncias deve o juiz aplicar um padrão menos intenso de controlo das suas decisões. Para se proceder a tal delimitação há que começar por precisar o significado da noção de “avaliações económicas complexas” uma vez que é a partir deste conceito que se define a intensidade do controlo judicial, sendo certo que importa ter presente que o controlo dos aspectos económicos presentes no direito da concorrência não pode ser deixado nas mãos de uma autoridade administrativa e subtraído a um qualquer controlo judicial. Aliás, não se pode ignorar que o direito a uma proteção jurisdicional efetiva é um direito fundamental, consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sendo certo que tal proteção só se encontra assegurada se o controlo exercido pelo Tribunal for completo, isto é, se incidir também sobre os factos e considerações económicas da conduta que estiver em causa.

De acordo com a jurisprudência do TJUE o poder de “revisão” do Tribunal deve, no que às “apreciações económicas complexas” respeita, centrar-se no “erro manifesto de apreciação”. Com efeito, o Tribunal deve essencialmente verificar se os factos são exatos e coerentes, se a Comissão dispunha de todos os factos pertinentes e se os factos justificam as conclusões da Comissão. Ora o Tribunal concluirá pela existência de um erro manifesto de apreciação se verificar que a Comissão fez uma avaliação incorreta dos factos materiais em que baseou a sua análise; que não considerou factos relevantes ou que decidiu com base em factos não relevantes; que fez uma análise errada das provas (prova insuficiente para fundamentar a probabilidade de determinados efeitos no mercado ou para concluir pela colusão) ou não considerou prova relevante

(desconsideração de prova apresentada pelas presumíveis infratoras). Todas estas etapas devem ser verificadas também no que aos factos económicos e as provas a eles respeitantes concerne.

Com base nos princípios que foram sendo definidos pela jurisprudência acima citada, e considerando os diversos interesses em jogo, pode legitimamente considerar-se que as “apreciações económicas complexas” excluídas do controlo jurisdicional são as apreciações da Comissão efetuadas no âmbito das escolhas de política económica que legitimamente lhe cabe efetuar. Exemplificativamente, numa situação concreta que implique julgamentos de valor da Comissão, como, por exemplo, nos termos do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, em que seja necessário estabelecer um equilíbrio entre os efeitos anticoncorrenciais e os ganhos de competitividade favoráveis à concorrência, o controlo jurisdicional será menos intenso, leia-se será um controlo restrito, do que o controlo a efetuar no que respeita às apreciações relativas à definição do mercado, à substituibilidade dos produtos, à existência de uma posição dominante ou de um abuso.

Delimitado o controlo jurisdicional desta forma, fica assegurado, por um lado, que as apreciações que impliquem elementos da política económica ficam claramente excluídas do controlo jurisdicional e, por outro lado, que todas as apreciações económicas, independentemente do seu grau de dificuldade ou tecnicidade, ficam sujeitas a um controlo jurisdicional absoluto.

De acordo com este entendimento e esta interpretação da jurisprudência do TJUE, podem extrair-se as seguintes conclusões:

- (i) Na revisão das decisões da Comissão há que fazer uma distinção essencial entre os dados e constatações de facto, sujeitos a um controlo pleno do Tribunal, e as apreciações de caráter económico complexas, sujeitas a um controlo limitado;
- (ii) Este controlo limitado não respeita à extensão da fiscalização mas sim à sua intensidade, ou seja, não se pode confundir controlo restrito com controlo ligeiro;
- (iii) Não se pode confundir o conceito de “apreciações económicas complexas” com estudos ou dados económicos complexos, sendo estes simples provas em que a Comissão funda a sua decisão;
- (iv) O direito à proteção jurisdicional efetiva impõe ao juiz da UE o controlo sobre a decisão da Comissão na sua totalidade, incluindo, portanto, as apreciações económicas efetuadas na decisão;

- (v) O conceito de “apreciações económicas complexas” reporta-se à natureza das apreciações e não à sua tecnicidade ou dificuldade, ou seja, está limitado às opções de política económica adotadas pela Comissão, situações em que o Tribunal não deve, nem pode, substituir-se à administração.

Tendo presentes estas conclusões e o enquadramento que se defende para o conceito de “apreciações económicas complexas” subtraídas ao controlo jurisdicional, parece poder concluir-se que, na prática, o tipo de controlo jurisdicional das decisões da AdC feito pelo tribunal nacional, por um lado, e o controlo jurisdicional das decisões da Comissão feito pelo TJUE, por outro, não obstante a diferente natureza do ilícito nas duas ordens jurídicas, é na sua essência muito idêntico.

BIBLIOGRAFIA

BELLAMY, C.

- 1996 “Judicial Enforcement of Competition Law”, OECD, Policy Roundtables, p. 106: disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/41/1919985.pdf>.

CRUZ VILAÇA, J. L. da

- 2018 “O juiz e a economia – A intensidade do controlo jurisdicional em matéria de concorrência na ordem jurídica da União Europeia”, *Julgars* n.º 35.

FORWOOD, N.

- 2011 “The Commission’s More Economic Approach-Implications for the role of the EU Courts, the treatment of economic evidence and the scope of judicial review”, in EHLERMANN, C.-D. & MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases*, Hart, p. 255.

JAEGER, M.

- 2011 “The standard of review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments : Towards the marginalization of the marginal review?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 2, n.º 4, p. 295.

WAHL, N.

- 2011 “Standard of Review-Comprehensive or Limited?” in EHLERMANN, C.-D. & MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases*, Hart, p. 285.