

PARECER nº003/2000

De 27 de junho de 2000, relativa à interpretação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado que institui a Comunidade Europeia sobre as regras de concorrência na União Europeia.

Resumo do parecer

- *O direito comunitário da concorrência da UEMOA é um corpo jurídico centralizador que inclui no seu âmbito de aplicação todos os acordos, associações ou práticas concertadas ou abusos de posição dominante que tenham por efeito restringir ou falsear a concorrência na Comunidade. A única exceção é quando as autoridades comunitárias estabelecem requisitos formais que envolvem os Estados-Membros no exercício das competências que lhes foram atribuídas.*
- *Os artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da UEMOA conferem competência exclusiva à União.*
- *Os Estados-Membros só têm competência para adotar disposições penais para punir práticas concorrenciais, infracções às regras de transparência do mercado e de organização da concorrência.*

AVI SN° 003/2000

de 27 de junho de 2000

Ficheiro n.º 01-2000

PEDIDO DE PARECER DA COMISSÃO DA UEMOA SOBRE
INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 88º, 89º E 90º DO TRATADO SOBRE AS
REGRAS DE CONCORRÊNCIA NA UNIÃO

O Presidente da Comissão da UEMOA remeteu a questão para o Tribunal de Justiça da UEMOA por carta n.º 1886/PC/DPCD/DCC/499, de 26 de maio de 2000, com o seguinte teor:

"Senhor Presidente,

O artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da UEMOA encarrega o Tribunal de Justiça de assegurar "o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado da União".

Durante os trabalhos do seminário sobre o projeto de legislação comunitária em matéria de concorrência na União, que se realizou na sede da Comissão de 10 a 14 de abril de 2000, surgiram divergências de opinião entre a Comissão e os peritos dos Estados-Membros sobre a interpretação das disposições do Tratado relativas às regras de concorrência no que diz respeito à coexistência de legislações nacionais e comunitárias em matéria de concorrência.

Relativamente a esta questão, a Comissão considera que, nos termos dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado, a União tem competência exclusiva para legislar nos três domínios abrangidos pelo Tratado no domínio da concorrência, nomeadamente os cartéis, os abusos de posição dominante e os auxílios estatais.

Estado. Na sua opinião, a legislação nacional só pode abranger outros domínios da concorrência não abrangidos pelo Tratado, como a concorrência desleal.

Os peritos dos Estados-Membros consideram que a legislação comunitária deve coexistir com a legislação nacional, desde que as disposições desta última sejam conformes ao direito comunitário; em caso de conflito, a legislação comunitária prevalece.

Agradecia, pois, que o Tribunal de Justiça se pronunciasse sobre o alcance dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da União Europeia relativamente a este ponto de divergência, de modo a permitir à Comissão finalizar o projeto de legislação comunitária em matéria de concorrência.

Com os melhores cumprimentos

*Younoussi TOURE
Comissário em exercício "*

O Tribunal de Justiça, reunido em Assembleia Geral Consultiva sob a presidência de Mouhamadou Moctar MBACKE, Presidente em exercício do Tribunal de Justiça da UEMOA, na presença dos Srs:

- Youssouf ANY MAHAMAN, Juiz de Tribunal
- Martin Dobo ZONOU, Juiz do Tribunal
- Daniel Lopes FERREIRA, Juiz de Direito
- Malet DIAKITE, primeiro advogado-geral no Tribunal de Justiça
- Kalédji AFANGBEDJI, Conselheiro Geral

assistido por Raphaël P. OUATTARA, escrivão do Tribunal de Justiça, examinou o recurso em epígrafe na audiência de 27 de junho de 2000.

L A C O U R

Tendo em conta o Tratado da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA), de 10 de janeiro de 1994 ;

Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da UEMOA ;

Ato Adicional n.º 10/96 que estabelece os Estatutos do Tribunal de Justiça da UEMOA ;

Tendo em conta o Regulamento n.º 01/96/CM relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA ;

Tendo em conta o Regulamento n.º 01/2000/CDJ que revoga e substitui o Regulamento n.º 1/96/CDJ relativo ao Regulamento Administrativo do Tribunal de Justiça da UEMOA, de 6 de junho de 2000

Tendo em conta o pedido n.º 1886/PC/DPCD/DCC/499, de 26 de maio de 2000, do Presidente da Comissão da UEMOA

°Pode considerar-se que o objetivo da consulta, tal como consta do ofício n.º 1886/PC/DPCD/DCC/499, de 26 de maio de 2000, acima referido, se baseia nas disposições do último parágrafo do artigo 27º do Ato Adicional n.º 10/96 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 15º7 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, relativas à competência consultiva do Tribunal ao qual os órgãos da União remetem um processo quando se deparam com dificuldades de aplicação ou de interpretação dos actos de direito comunitário.

Por conseguinte, o presente recurso pode ser validamente examinado, uma vez que todas as condições de admissibilidade previstas nos artigos supracitados estão devidamente preenchidas.

I. OBJECTIVO DA CONSULTA

Se nos reportarmos aos termos da carta do Presidente da Comissão acima referida, trata-se essencialmente de uma diferença de interpretação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado e, mais concretamente, das disposições das alíneas a), b) e c) do artigo 88º do Tratado da UEMOA.

A Comissão, invocando os artigos 88º, 89º e 90º, sustenta, sem apresentar qualquer prova, que a União tem competência exclusiva para legislar nos três domínios abrangidos pelo Tratado em matéria de concorrência, a saber

88 a) : Acordos, associações e práticas concertadas 88 b):

Abuso de posição dominante

88 c) : Auxílios estatais.

De acordo com a interpretação da Comissão, os domínios não regidos pelos sistemas jurídicos acima referidos são da competência residual dos Estados-Membros, como é o caso da concorrência desleal.

Quanto aos peritos dos Estados-Membros, ainda de acordo com a Comissão, a sua opinião é que :

- 1) A legislação comunitária não põe em causa a existência e a aplicação do direito nacional da concorrência, que continuará a ser aplicado.
- 2) A única exceção a esta coexistência é a e x i s t ê n c i a de um conflito entre os dois direitos, que conduzirá à aplicação do princípio do primado do direito comunitário, perante o qual o direito nacional passará para segundo plano.

II. DISCUSSÕES

Para chegar a um parecer fundamentado sobre o objeto da consulta, seria necessário, em primeiro lugar, de um ponto de vista metodológico, :

- a) A fim de apreender as semelhanças e as diferenças que estão na base do seu sentido e do seu alcance, proceda a uma análise comparativa da redação dos textos de proibição de concorrência do Tratado de Roma em relação aos textos acima referidos do Tratado de Dakar, que, aliás, se inspirou profundamente no direito europeu.

Tanto no Tratado de Roma como no Tratado de Dakar, estas regras relativas às infracções à concorrência por cartéis, associações e práticas concertadas ou abusos de posição dominante ou auxílios estatais constituem os princípios de base do direito da concorrência a que se faz referência para caracterizar qualquer ato anticoncorrencial.

- b) Descrever o conceito de competência no direito institucional comunitário: o que é que abrange? Qual o seu conteúdo e os seus diferentes aspectos? Uma vez satisfeitas estas condições prévias, consolidando os seus fundamentos, a adaptabilidade das interpretações divergentes acima expostas a este quadro *r e v e l a r á* a opção jurídica que se afigura mais compatível com o disposto nas alíneas a), b) e c) do artigo 88º do Tratado da União Europeia.

A/ ANÁLISE COMPARATIVA DAS DISPOSIÇÕES DOS DOIS TRATADOS RELATIVAS AOS ACTOS ANTICONCORRENCIAIS COLECTIVOS E AO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

As disposições dos artigos 85º e 86º do Tratado de Roma (81º e 82º do Tratado de Masstricht) têm a seguinte redação

Artigo 85º: "São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...".

Artigo 86°: *"É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste"*.

e acordo com o Tratado, existem, por conseguinte, duas condições cumulativas para que a proibição comunitária seja aplicável:

- 1) Restrição voluntária ou efectiva da concorrência no mercado comum europeu, dentro dos limites geográficos da União.
- 2) A probabilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros da União Europeia. O acordo, decisão, prática concertada ou abuso deve ser suscetível de exercer uma influência direta ou indireta, real ou potencial, sobre a estrutura do comércio entre os Estados-Membros.

É a combinação destes dois critérios que limita materialmente o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência ao abrigo do Tratado de Roma.

Por outro lado, se nos reportarmos ao texto do Tratado de Dakar, cujos artigos 88° a) e b), ao contrário dos artigos 85° e 86° do Tratado de Roma, têm a seguinte redação

"São automaticamente proibidas as seguintes actividades

- a) *Acordos, associações e práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto ou efeito restringir ou falsear a concorrência na União Europeia.*
- b) *Quaisquer práticas de uma ou mais empresas que constituam um abuso de posição dominante no mercado comum ou numa parte significativa do mesmo".*

A proibição prevista neste Tratado difere fundamentalmente da prevista no Tratado de Roma, na medida em que, neste caso, basta que os acordos, associações ou práticas concertadas ou o abuso de posição dominante tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência no interior da União, ou seja, no mercado comum dentro dos seus limites geográficos, e independentemente de afectarem ou não o comércio entre Estados, para que seja aplicável o direito comunitário. De acordo com o Tratado da UEMOA, o simples facto de restringir a concorrência na União, independentemente do mercado em questão e dos seus limites, constitui uma infração comunitária ao direito da concorrência.

Tendo em conta o que precede, verifica-se que os Estados-Membros da União Europeia podem ser regidos por dois regimes de direito da concorrência:

- 1) O direito comunitário, que implica não só uma restrição da concorrência na União, mas também uma alteração estrutural do estado das relações comerciais entre os Estados-Membros.
- 2) O direito nacional, que só é aplicado dentro dos limites territoriais e da soberania do Estado-Membro e que, devido ao seu carácter infra-comunitário, está sujeito ao princípio do primado em caso de conflito entre as duas leis, sob cuja influência é obrigado a evoluir.

No que diz respeito aos Estados-Membros do Tratado de Dakar, uma análise exegética das disposições sugere que o direito comunitário da UEMOA é um direito centralizador, na medida em que inclui no seu âmbito de aplicação todos os acordos, associações ou práticas concertadas ou abusos de posição dominante que tenham por objeto ou efeito restringir ou falsear a concorrência na Comunidade. O Tratado de Dacar estabelece, assim, um nivelamento do mercado da União Europeia, em que os diferentes mercados nacionais se fundem num mercado único que ignora qualquer estratificação dos mercados nacionais e comunitários; em suma, assiste-se a um processo de fagocitose do direito nacional da concorrência pelo direito comunitário, que exerce o seu pleno primado por pura substituição.

O contexto concetual desta lei reforça a opção inequívoca dos redactores do Tratado de Dakar, que pretendiam claramente afastar-se da noção de dupla barreira adoptada pelo direito europeu. Assim, contrariamente ao artigo 92º do Tratado de Roma sobre os auxílios estatais, que inclui a noção constitutiva de "afetar as trocas comerciais entre os Estados", a alínea c) do artigo 88º do Tratado da UEMOA fala simplesmente de "auxílios susceptíveis de falsear a concorrência" e o Tratado de Dakar, contrariamente ao artigo 87º, do Tratado de Roma, não considerou necessário confiar à Comissão a tarefa de definir as relações entre as legislações nacionais e o direito comunitário da concorrência, sem dúvida devido à competência exclusiva reservada à União em matéria de direito da concorrência, entendida como parte integrante do mercado comum da UEMOA.

Não há dúvida de que uma tal abordagem do direito comunitário da concorrência pode apresentar vantagens apreciáveis. Com efeito, é susceptível de simplificar as relações que podem surgir entre as autoridades comunitárias responsáveis pela aplicação do direito da concorrência e as autoridades nacionais dos Estados-membros em caso de aplicação do direito da concorrência no território do Estado em causa.

O sentido e o âmbito de aplicação de duas leis poderiam ser interpretados de forma diferente pelas diferentes autoridades que as aplicam. Além disso, o primado do direito comunitário e, sobretudo, as decisões de isenção da Comissão podem dar origem a incertezas quanto à eficácia real da ação das autoridades administrativas nacionais chamadas a aplicar ou mesmo a interpretar separadamente o direito nacional e o direito comunitário, cujos limites nem sempre são precisos.

Manipular o conceito de infração ao direito da concorrência, considerado de geometria variável, com a sua dimensão nacional e a sua dimensão comunitária sobre o mesmo assunto, pode ser fonte de confusão ou mesmo de divergência de interpretação, o que prejudica o bom funcionamento dos negócios, cujas primeiras vítimas são as empresas, expostas a um duplo controlo por parte de administrações que diferem tanto nos objectivos prosseguidos como no modo de funcionamento, sobretudo quando as sanções resultantes desses controlos podem ser cumulativas.

Os redactores do Tratado de Dakar tiraram, sem dúvida, lições das dificuldades encontradas na experiência europeia de aplicação da teoria da dupla barreira, que foi judicialmente consagrada por um acórdão do Tribunal de Justiça do Luxemburgo no processo 14/68 WALT WILHEM C/ BUNDESKARTELLANT, de 13 de fevereiro de 1969, Rec.1.

Nesta decisão, o Tribunal de Justiça do Luxemburgo tolera que as autoridades nacionais possam aplicar o seu direito nacional da concorrência "desde que essa aplicação do direito nacional não possa prejudicar a aplicação integral e uniforme do direito comunitário e o efeito dos actos que o aplicam". Nesta lei, a competência da União limita-se ao direito da concorrência, incluindo na sua definição, como elemento constitutivo, o efeito sobre o fluxo de comércio entre os Estados-Membros.

É também de notar que, nos termos do artigo 9º do Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, estas autoridades nacionais exercem, a título transitório, um poder precário e revogável de aplicação do direito comunitário da concorrência, que perdem a partir do momento em que a Comissão toma a decisão de iniciar uma investigação sobre um caso. Por outras palavras, a aplicação desta dupla barreira, devido às subtilezas do seu funcionamento, parece colocar mais problemas do que soluções, mesmo a nível judicial, em que os tribunais nacionais são simultaneamente juizes de direito comum do direito comunitário da concorrência, devido ao efeito direto das suas disposições. A existência ou a possibilidade de isenções por parte das decisões da Comissão, que podem ter por efeito "legitimar" certos comportamentos anticoncorrenciais, mesmo durante os processos judiciais, vem juntar-se às dificuldades acima referidas. Não há dúvida de que a aplicação do direito comunitário da concorrência apresenta uma certa originalidade que pode confundir as autoridades administrativas e os juizes nacionais. É por esta razão que não pode deixar de ser desejável uma certa simplificação ou mesmo homogeneização do direito da concorrência para o tornar mais legível e mais fácil de aplicar, sobretudo nesta fase inicial em que, mesmo no direito interno, existe um certo sincretismo na conceção e na aplicação deste direito a nível dos Estados-Membros.

***B/ DE A COMPETÊNCIA RESPECTIVA DA UNIÃO E DOS
ESTADOS-MEMBROS NO DIREITO INSTITUCIONAL DA UEMOA.***

As disposições do Tratado da UEMOA não são muito explícitas no que se refere à repartição de competências entre a União e os Estados que aceitaram transferir uma parte dos seus direitos soberanos para a Comunidade. Os princípios neste domínio decorrem do espírito e da letra das diferentes disposições do Tratado, que, aliás, se contentou, de um modo geral, em sublinhar certos princípios de base e em fixar objectivos precisos para a União, incluindo, nomeadamente, a realização da união aduaneira, ou mais precisamente do mercado comum, a união económica num mercado aberto e concorrencial, etc.

Para o efeito, o Tratado colocou à disposição dos órgãos da União os instrumentos jurídicos e as técnicas jurídicas adequadas, como as diretivas e as prescrições mínimas para o desempenho dessas funções, impondo simultaneamente aos órgãos que actuem dentro dos limites das competências que lhes são atribuídas e aos Estados que contribuam para a realização dos objectivos definidos e, sobretudo, que se abstenham de tomar medidas susceptíveis de entravar a aplicação do Tratado e dos actos adoptados em sua execução. Da apreciação de todas estas disposições, pode deduzir-se que o Tratado Constitucional, a Carta Constitucional da União, conferiu à Comunidade competências de atribuição, paralelamente às competências detidas pelos Estados-Membros.

Estas competências de atribuição podem coexistir com competências na mesma matéria reconhecidas aos Estados-Membros, mas exercidas a nível nacional, porque se baseiam em factos jurídicos e técnicas jurídicas, como as diretivas e as prescrições mínimas, consideradas como não tendo qualquer objeto ou efeito comunitário suscetível de influenciar as relações entre os Estados-Membros; em suma, trata-se de domínios estrita e puramente nacionais que deixam as autoridades comunitárias indiferentes.

É este princípio da coexistência do direito comunitário e do direito nacional, de aplicação subsidiária e interna, que o direito europeu consagrou no direito da concorrência.

A competência exclusiva da União pode ser deduzida das disposições do Tratado, como os artigos 89.º e 90.º, que estabelecem um regime jurídico específico para a competência atribuída, determinam os actos jurídicos que podem ser utilizados para esse efeito, organizam os mecanismos de exercício da competência que delimitam através da definição da matéria a que se referem e designam os órgãos da União responsáveis pela aplicação dessa competência e as condições em que funcionam.

A competência exclusiva existe, portanto, quando o conhecimento de um determinado domínio legislativo é reservado e organizado a um órgão ou organização que é o único habilitado a exercê-la num interesse coletivo. Tem um carácter excepcional, nomeadamente no contexto comunitário, onde é exigida sempre que deixar os Estados livres de tomar iniciativas no mesmo domínio seja incompatível com a unidade do mercado comum e a aplicação uniforme do direito comunitário. Assim, retira aos Estados-Membros o direito de legislar ou regulamentar no domínio da sua competência exclusiva, a menos que tenham sido devidamente investidos desse poder pela União. Em análise, a organização do mercado comum parece ser a área privilegiada de competência exclusiva nos termos do Tratado Constitucional da UEMOA, e o direito da concorrência, enquanto elemento constitutivo do mercado comum, só pode ser tomado como uma área de competência exclusiva da União.

III CONCLUSÕES

Se partirmos deste princípio de barreira simples, que corresponderia à opção do Tratado de Dakar, será necessário tirar todas as consequências jurídicas, nomeadamente no que diz respeito à relação entre as legislações nacionais de concorrência existentes e o direito comunitário emergente. Este princípio exclusivista de competência não permite que os Estados-Membros legislem de pleno direito nos domínios abrangidos pelo artigo 88º do Tratado, nomeadamente quando tenham por objeto ou efeito restringir ou falsear a concorrência no mercado comum da União, com exceção das prescrições formais das autoridades comunitárias que os envolvam no exercício desta competência que lhes foi atribuída. A concorrência desleal, entendida como um comportamento ilícito no exercício de uma profissão comercial ou não comercial, que tende a atrair clientes, quer a desviá-los de um ou vários concorrentes, insere-se neste quadro quando assume formas que se enquadram no âmbito de aplicação do artigo 88º-A, alínea b).

Em suma, os Estados-Membros continuam a ter competência exclusiva para tomar todas as medidas penais para punir as práticas anticoncorrenciais, as infracções às regras de transparência do mercado e até mesmo a organização da concorrência.

Do ponto de vista da competência exclusiva mantida pelo Tratado de Dakar, existem dois cenários possíveis:

- 1) Quando existia um direito nacional da concorrência civil ou comercial no Estado-Membro antes da entrada em vigor do direito comunitário.

Neste caso, o direito da concorrência torna-se inaplicável, mesmo que continue materialmente em vigor, e existe um mecanismo de substituição a favor do direito comunitário, que é uniformemente aplicável em todos os Estados-Membros.

O direito penal da concorrência destes Estados, que mantiveram a sua competência neste domínio, deverá, por conseguinte, adaptar-se ao direito comunitário para caracterizar as infracções puníveis.

A partir de agora, qualquer iniciativa destes Estados no domínio do direito da concorrência torna-se, em virtude da competência exclusiva da União neste domínio do direito da concorrência enquanto parte integrante do mercado comum, contrária aos compromissos do Estado-Membro que, nos termos do artigo 7º do Tratado, exige que os Estados se abstenham de tomar quaisquer medidas que impeçam a aplicação do Tratado da União.

- 2) Quando o direito nacional da concorrência civil ou comercial não existe ou está em vias de ser desenvolvido.

Neste caso, não existe qualquer razão de direito ou de facto para prever ou prosseguir o desenvolvimento de tal lei, uma vez que o direito comunitário em vigor passou a reger de forma obrigatória e uniforme este domínio, que se tornou da competência exclusiva da União. No entanto, a repressão penal dos actos anticoncorrenciais continua a ser da competência dos Estados-Membros, desde que seja compatível com o direito comunitário da concorrência.

Em suma, se, de acordo com o princípio da dupla barreira, prevalece o sistema jurídico da coexistência do direito nacional e do direito comunitário que actuam sobre a mesma matéria mas em domínios de ação diferentes, por outro lado, o princípio da barreira única exclui a coexistência dos dois direitos em benefício do sistema de substituição que favorece a existência solitária do direito comunitário que absorve o direito nacional da concorrência na sua aplicação uniforme. De qualquer modo, neste último caso, os serviços administrativos da concorrência dos Estados-membros serão certamente chamados a reverter o objetivo e as modalidades de execução das suas novas tarefas de cooperação com as autoridades comunitárias.

luz das considerações precedentes, o Tribunal é de opinião que :

- Que as disposições dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado Constitutivo da UEMOA são da competência exclusiva da União

- Por conseguinte, os Estados-Membros não podem exercer parte das suas competências neste domínio da concorrência.

