

PARECER N°01/2020

a partir de 07 de julho de 2020

Pedido de parecer da Comissão da UEMOA sobre o anteprojeto de regulamento relativo à partilha de competências e à cooperação entre a Comissão da UEMOA e as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros para a aplicação do Artigos 88°, 89° e 90° do Tratado da UEMOA

O Presidente da Comissão remeteu a questão para o Tribunal de Justiça da UEMOA por carta n.º 07865/PC/DMRC/DCONC/ de 11 de outubro de 2019, com o seguinte teor:

"Senhor Presidente,

Nos termos do artigo 1º do Protocolo Adicional nº 1 relativo aos órgãos de controlo da UEMOA, que mandata o Tribunal de Justiça para assegurar "o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado da União", tenho a honra de solicitar um parecer complementar ao Tribunal de Justiça sobre o alcance dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado relativos às regras de concorrência.

Na sequência de divergências de opinião entre a Comissão da UEMOA e os peritos dos Estados-Membros quanto à competência exclusiva da União para legislar nos três domínios abrangidos pelos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado, ou seja, os cartéis, os abusos de posição dominante e os auxílios estatais, a Comissão solicitou o parecer do Tribunal de Justiça por carta n.º 18886/PC/DPCD/DCC/499 de 26 de maio de 2000.

Em resposta, o parecer do Tribunal n.º 2003/2000, de 20 de junho de 2000, sublinhou

- "e 90.º do Tratado Constitucional da UEMOA são da competência exclusiva da União";*
- "Consequentemente, os Estados-Membros não podem exercer parte das suas competências neste domínio da concorrência".*

Não obstante este parecer, subsistem divergências na interpretação das disposições acima referidas, nomeadamente as que se referem tanto ao direito exclusivo dos órgãos da União de legislar como, sobretudo, à sua competência

exclusiva para aplicar este direito material.

Estas preocupações são regularmente levantadas pelos representantes dos Estados-Membros no âmbito dos trabalhos do Conselho de Ministros da UEMOA, da reunião dos Ministros do Comércio da UEMOA, do Comité de Peritos Estatutários da UEMOA e do Comité Consultivo da Concorrência da UEMOA.

Além disso, na 8.ª sessão do Grupo Intergovernamental de Peritos em Direito e Política da Concorrência (GEI) da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), realizada de 17 a 19 de julho de 2007 no Palácio das Nações em Genebra, a análise voluntária pelos pares das políticas de concorrência da UEMOA, do Benim e do Senegal resultou na adoção das seguintes recomendações destinadas a assegurar a aplicação efectiva das regras de concorrência:

- Desenvolver a cultura da concorrência no espaço UEMOA através de acções mediáticas adequadas e de seminários de informação e formação destinados aos agentes económicos e ao público em geral;*
- adaptar as instituições de concorrência dos Estados-Membros através de reformas destinadas a afirmar a sua independência ;*
- desenvolver procedimentos que permitam uma partilha mais equitativa das responsabilidades.*

Com base nas recomendações desta análise, a Comissão encomendou um estudo sobre a revisão do quadro institucional para a aplicação das regras de concorrência da Comunidade da UEMOA.

As grandes linhas de reforma e as recomendações propostas por este estudo foram objeto de seminários nacionais de consulta nos Estados-Membros, que exprimiram claramente o seu desejo de alcançar um reequilíbrio das competências neste domínio.

Na sequência deste estudo e de seminários nacionais de consulta, foram elaborados vários projectos de textos que abrangem o direito substantivo, processual e institucional.

Um destes anteprojectos diz respeito à repartição de competências e à cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros para a aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da UEMOA, pelo que suscita do Tratado da UEMOA e, por conseguinte, coloca a questão da sua conformidade com as disposições do Tratado constitutivo da UEMOA, nomeadamente as disposições dos artigos 88.

Este anteprojecto foi examinado pelo Comité Consultivo da Concorrência na sua 12.ª sessão, realizada em Ouagadougou de 9 a 12 de junho de 2014.

Na sequência desta análise, o Comité Consultivo da Concorrência, no seu Parecer n.º 01/2014/CCC/UEMOA, de 12 de junho de 2014:

- *convidou a Comissão a prosseguir os seus trabalhos, tendo em conta as sugestões de melhoria apresentadas;*
- *espera que sejam encontradas soluções para eliminar os obstáculos jurídicos ligados às disposições do Tratado e à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça, a fim de adotar projectos de textos que tenham em conta as orientações definidas pelos Estados-Membros no que se refere aos poderes de decisão das autoridades nacionais da concorrência.*

Para o efeito, solicito o parecer do Tribunal sobre a conformidade do anteprojeto de regulamento em anexo relativo à repartição de competências e à cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros para a aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da UEMOA.

Com os melhores cumprimentos

*Pelo Presidente da Comissão O
Comissário em exercício
Essowe BARCOLA*

Anexo: *Anteprojeto de regulamento e respectiva nota de apresentação.*

O Tribunal de **Justiça**, reunido em Assembleia Geral Consultiva, sob a presidência de **Daniel Amagoïn TESSOUGUE**, **Presidente do Tribunal de Justiça da UEMOA**, com base no relatório de **Ervé DABONNE**, **Auditor** do referido Tribunal, na presença dos Srs:

- **Sr. Salifou SAMPINBOGO**, juiz;
- **Eliane Victoire ALLAGBADA Jacob**, advogada-geral;
- **Bawa Yaya ABDOULAYE**, primeiro advogado-geral ;
- **Euloge AKPO**, juiz ;
- **Augusto MENDES**, juiz ;
- **Joséphine Suzanne EBAH TOURE**, juíza ;
- **Sr. Sangoné FALL**, Auditor do Tribunal ;

Com a assistência do **Maître Boubakar TAWEYE MAIDANDA**, **Secretário** que assegura o secretariado, examinou o pedido em epígrafe nas suas sessões de 16 de junho de 2020, 24 de junho de 2020 e 07 de julho de 2020.

A ASSEMBLEIA GERAL CONSULTIVA,

- VU** o Tratado da União Económica e Monetária da África Ocidental, de 10 de janeiro de 1994, com a redação que lhe foi dada em 29 de janeiro de 2003;
- VU** Protocolo Adicional I relativo aos órgãos de controlo da UEMOA;
- VU** Ato Adicional n.º 10/96, de 10 de maio de 1996, relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da UEMOA;
- VU** Regulamento n.º 01/96/CM, de 5 de julho de 1996, relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA, nomeadamente o artigo 7;
- VU** Regulamento n.º 01/2012/CJ, de 21 de dezembro de 2012, relativo ao Regulamento Administrativo do Tribunal de Justiça da UEMOA;
- VU** Ata n.º 02/2016/CJ, de 26 de maio de 2016, relativa à tomada de posse e à instalação dos membros do Tribunal de Justiça da UEMOA;
- VU** Ata n.º 2019-08/AI/02, de 28 de maio de 2019, sobre a nomeação do Presidente do Tribunal e a repartição de funções no Tribunal;
- VU** Ata n.º 2019-09/AP/07 de 03 de junho de 2019 relativa à instalação do Presidente do Tribunal de Justiça da UEMOA;
- VU** Decisão n.º 001-2013/CJ, de 21 de junho de 2013, relativa ao Estatuto do Tribunal de Contas do Tribunal de Justiça da UEMOA;
- VU** Despacho n.º 021/2019/CJ, de 20 de novembro de 2019, que fixa os dias das assembleias do Tribunal de Justiça da UEMOA;
- VU** o pedido de parecer da Comissão da UEMOA, datado de 11 de outubro de 2019, registado na Secretaria do Tribunal de Recurso em 16 de outubro de 2019 com o número 19 DA 006
- VU** as observações escritas da República do Senegal de 18 de dezembro de 2019 ;
- VU** as observações escritas da República Togolesa de 19 de dezembro de 2019 ;
- VU** as observações escritas do Tribunal de Contas da UEMOA, datadas de 24 de dezembro de 2019 ;
- VU** as observações escritas da República do Benim, datadas de 26 de dezembro de 2019 ;
- VU** as observações escritas da República da Costa do Marfim, datadas de 27 de dezembro de 2019 ;
- VU** Despacho n.º 001/2020/CJ de nomeação de um relator; documentos
- VU** constantes do processo;

O pedido foi apresentado em conformidade com o disposto no segundo parágrafo do artigo 27º do Ato Adicional nº 10/96 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça. Este artigo prevê que: "*O Tribunal pode emitir pareceres e recomendações sobre quaisquer projectos de textos apresentados pela Comissão*".

Por conseguinte, deve ser declarada admissível.

I. OBJECTIVO DA CONSULTA

A carta de pedido de parecer do Presidente da Comissão visa obter uma interpretação complementar do Tribunal das disposições dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado relativas às regras de concorrência, tendo em conta as divergências persistentes na sua interpretação, não obstante o parecer nº 003/2000 emitido pelo Tribunal em 27 de junho de 2000 (em vez do parecer nº 2003/2000 de 20 de junho de 2000 referido no pedido do Presidente da Comissão).

Resulta desta correspondência que as diferentes preocupações regularmente manifestadas pelos representantes dos Estados-Membros dizem respeito, nomeadamente, a :

- O direito exclusivo dos órgãos da União de legislar ;
- A competência exclusiva dos mesmos organismos para aplicar o direito substantivo.

Os representantes dos Estados-Membros apelaram, por conseguinte, a um reequilíbrio das competências através de reformas coerentes do direito comunitário da concorrência, com vista a melhorar o nível de aplicação da legislação neste domínio. O objetivo final seria chegar a um sistema de jurisdição partilhada em todas as fases do processo, ou seja, investigação, apreciação e decisão.

A Comissão, na sua qualidade de principal órgão de concorrência da União, e sensível às diversas preocupações manifestadas, informou que tinha encomendado anteriormente, em 2011, um "estudo sobre a revisão do quadro institucional de aplicação das regras de concorrência da Comunidade da UEMOA". As conclusões deste estudo recomendavam que a Comissão iniciasse uma série de reformas para criar uma nova arquitetura institucional e legislativa a nível regional e nacional, a fim de assegurar a aplicação efectiva da política comunitária de concorrência.

Em resposta às diferentes recomendações e na sequência do parecer do Comité Consultivo da Concorrência, a Comissão afirma ter elaborado um anteprojeto de texto sobre a partilha de competências e a cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros, para a aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da UEMOA.

O anteprojeto de regulamento é composto por três capítulos e doze artigos.

O Capítulo 1, que compreende os artigos 1º a 5º, determina as competências da Comissão, das autoridades nacionais e dos tribunais nacionais, bem como os critérios para a sua atribuição. A este respeito, é agora estabelecida uma distinção entre os efeitos das práticas anticoncorrenciais no comércio entre Estados e as questões de interesse comunitário.

Assim, o n.º 1 do artigo 4.º prevê que: "*Quando as práticas referidas nas alíneas a) e b) do artigo 88.º do Tratado da UEMOA forem susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, a Comissão tem competência exclusiva...*".

O n.º 2 do artigo 4.º estabelece ainda que "*Quando as práticas referidas nas alíneas a) e b) do artigo 88.º do Tratado da UEMOA produzirem efeitos apenas no território de um Estado-Membro, a autoridade nacional da concorrência desse Estado-Membro tem competência para tomar decisões sobre a contestação, a cessação e a eventual sanção das infracções.*

No entanto, a Comissão é competente quando se coloca uma questão de princípio ou de interesse comunitário num caso de dimensão nacional".

O Capítulo 2, intitulado "Cooperação", inclui os artigos 6º a 11º e define o quadro de cooperação entre os diferentes intervenientes na concorrência, nomeadamente o Comité Consultivo, os tribunais nacionais e as autoridades reguladoras sectoriais.

As estruturas nacionais de concorrência serão criadas como autoridades administrativas independentes. A partir de agora, terão poderes para tomar decisões e obter a sua aprovação pela Comissão. Uma vez aprovadas, estas decisões podem ser objeto de recurso junto do Tribunal de Justiça da UEMOA.

Por último, os tribunais nacionais serão competentes para apreciar os pedidos de indemnização por danos causados por práticas anticoncorrenciais. Poderão cooperar com a Comissão, solicitando pareceres pormenorizados sobre a matéria.

O último capítulo, composto por um único artigo, é consagrado às disposições transitórias, modificativas e finais, prevendo um período transitório de 12 meses antes da entrada em vigor do novo regime de repartição de competências.

No âmbito deste procedimento, a Comissão deu início ao presente pedido de parecer, que diz essencialmente respeito à verificação da conformidade deste anteprojeto com as disposições do Tratado constitutivo da UEMOA.

II. DISCUSSÕES

A. Âmbito de aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado

Os pontos de divergência levantados pela Comissão no seu pedido e relativos à competência exclusiva dos órgãos da União em matéria de concorrência foram já objeto de um parecer fundamentado do Tribunal de 27 de junho de 2000. No início da sua carta, o Presidente da Comissão aludia à ideia de um parecer complementar sobre o mesmo assunto, nomeadamente no que se refere à noção de competência partilhada inserida no anteprojeto de regulamento.

No entanto, não é oportuno reexaminar a questão da competência exclusiva das instituições da União em matéria de concorrência, uma vez que, desde o parecer de 27 de junho de 2000, nenhuma nova legislação ou jurisprudência e nenhum acontecimento comunitário pôs em causa a interpretação do Tribunal de Justiça sobre o alcance dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado.

De qualquer modo, a questão da competência exclusiva dos órgãos da União no domínio do direito da concorrência, tal como desenvolvida no parecer do Tribunal de Justiça acima referido, continua a ser atual; por esta razão, não é necessário voltar a discutir os contornos estabelecidos.

B. Sobre o anteprojeto de regulamento relativo à repartição de competências e à cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais

Nos termos do artigo 1.º, o anteprojeto tem por objetivo "*determinar os domínios de intervenção respectivos da Comissão da UEMOA e das autoridades nacionais dos Estados-Membros, bem como as modalidades da sua cooperação para a aplicação das regras de concorrência na União*".

A análise das disposições do anteprojeto de regulamento, nomeadamente de todos os considerandos e do capítulo 1, revela que a Comissão e os Estados-Membros partilham efetivamente competências na aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado.

De um ponto de vista terminológico, as competências partilhadas podem ser definidas como domínios em que tanto a União como os Estados-Membros podem atuar, embora estes últimos só possam exercer a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua.

Segundo a Comissão, a base jurídica deste anteprojeto de repartição de competências assenta nas seguintes disposições do Tratado: artigos 4º-A, 5º, 26º, 76º-C, 88º, 89º e 90º.

No entanto, há que fazer algumas observações sobre os fundamentos jurídicos

do princípio da partilha de poderes.

A primeira é que não pode haver partilha de competências no domínio da concorrência sem uma disposição expressa no Tratado, tendo em conta o princípio da exclusividade já enunciado no parecer de 27 de junho de 2000.

A título de direito comparado, podemos mencionar o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, cujo artigo 4.º estabelece não só o princípio da partilha de competências entre a União e os Estados-Membros, mas também os domínios precisos em que essa partilha deve ser exercida. Muito antes deste instrumento, convém recordar que as disposições de outros Tratados anteriores, nomeadamente o Tratado de Roma (artigos 85.º e 86.º) e o Tratado de Maastricht (artigos 81.º e 82.º), bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (ver processo 14/68, Walt Wilhem/Bundeskartellant, de 13 de fevereiro de 1969, Coletânea 1), tinham igualmente contribuído para resolver a questão da distinção entre a competência da União e a dos Estados-Membros em matéria de concorrência, com base, nomeadamente, no mercado geográfico relevante.

Esta distinção permitiu aos Estados-membros disporem do seu próprio direito nacional da concorrência, que coexiste com o direito comunitário e dele depende em termos de âmbito, conteúdo e inspiração. A evolução do processo foi consolidada através da adoção de legislação secundária que permite agora a descentralização da aplicação do direito comunitário da concorrência, permitindo que as sanções comunitárias sejam imediatamente aplicadas pelas autoridades e tribunais nacionais.

Analisando bem, esta situação é diferente da que prevalece no espaço UEMOA, onde o Tratado foi interpretado de forma a conferir exclusividade aos órgãos da União em matéria de concorrência, pelo que as normas de direito derivado, destinadas a aplicar esta matéria, devem seguir o mesmo regime.

Deste modo, o princípio da subsidiariedade pressupõe a existência e a repartição de competências entre a União e os Estados-Membros e permite, por conseguinte, determinar se uma competência existente pode ou não ser exercida a nível comunitário. De qualquer modo, este princípio só se aplica às competências concorrentes, ou seja, às competências partilhadas entre a UEMOA e os Estados. O fundamento da sua extensão é, por conseguinte, questionável no domínio das competências exclusivas.

do Tratado não podem ser utilizados como base para a partilha de competências no domínio da concorrência entre os órgãos da União e os Estados-Membros da UEMOA.

A segunda observação diz respeito ao significado das disposições do artigo 90º do Tratado, relativas ao poder da Comissão de tomar decisões sobre a aplicação das regras de concorrência.

Esta disposição não pode ser considerada como uma autorização para a Comissão decidir como partilhar as suas prerrogativas exclusivas em matéria de concorrência com as autoridades nacionais de concorrência.

No caso em apreço, o Tratado não conferiu este tipo de poder de decisão à Comissão, dada a competência exclusiva dos órgãos da União neste domínio.

O poder de decisão conferido à Comissão e destacado no artigo 90º estabelece a seu favor apenas um poder de aplicação da legislação prevista no artigo 89º. Por outras palavras, a Comissão tem o poder de controlar os cartéis, os abusos de posição dominante e os auxílios estatais. Trata-se de um poder administrativo, e não legislativo, que pode ser utilizado para aplicar o processo de concorrência.

Na sequência do parecer emitido em 27 de junho de 2000, a Comissão adoptou três regulamentos e duas diretivas em conformidade com os artigos 89º e 90º do Tratado. Estes instrumentos destinavam-se a reforçar a eficiência e a competitividade das actividades económicas e financeiras dos Estados-Membros no contexto de um mercado aberto e competitivo e num quadro de cooperação com os organismos da UE.

Além disso, e contrariamente ao parecer do Tribunal de 27 de junho de 2000, o anteprojeto de regulamento estabelece uma distinção na aplicação das regras de concorrência entre o domínio nacional e o domínio comunitário (ver artigo 4º supra).

O sexto considerando exprime-se nos seguintes termos: "*Considerando, no entanto, que é possível atribuir competência às autoridades nacionais de concorrência para tratar das práticas anticoncorrenciais quando estas não afectem o comércio entre os Estados-membros, sem prejuízo da competência da Comissão nos casos que suscitem questões de princípio ou de interesse comunitário*".

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 no domínio do direito da concorrência, que faz parte integrante do mercado comum da UEMOA".

Consequentemente, o anteprojeto de regulamento invade o domínio do Tratado, quando um regulamento não pode, em caso algum, substituir o Tratado, mas sim complementá-lo na sua aplicação, sem alterar a sua letra ou o seu espírito. Por outras palavras, enquanto ato de direito derivado inferior ao Tratado, um regulamento não pode intervir num domínio reservado ao Tratado. Apenas pode aplicar os princípios que estas regras já estabeleceram.

Por último, a repartição de competências prevista no anteprojeto de regulamento terá como efeito fundamental a redefinição dos contornos da base institucional e das modalidades processuais do direito comunitário da concorrência. É inconcebível prever a priori uma reforma desta envergadura se esta não estiver formalmente prevista no Tratado.

Uma tal porta de entrada não só permitiria a violação do princípio da exclusividade, como também o esvaziaria de sentido em termos das prerrogativas concedidas aos organismos da UE no domínio do direito da concorrência.

No estado atual do direito da UEMOA, uma reforma deste tipo exigiria a alteração das disposições pertinentes do Tratado para incluir expressamente o princípio da partilha de competências e os domínios em causa.

III. CONCLUSÕES

As competências conferidas pelo Tratado aos órgãos comunitários para legislar e aplicar o direito substantivo na União continuam a ser competências de atribuição.

Implicam que a União e os seus órgãos só podem atuar no âmbito das competências que lhes são respetivamente atribuídas.

É nesta perspetiva que o artigo 90º do Tratado confia expressamente à Comissão a aplicação processual do direito comunitário da concorrência, entendendo-se que a Comissão pode definir mecanismos de cooperação com outros intervenientes da União (*cf. Diretiva nº 02/2002/CM/UEMOA, de 23 de maio de 2002, relativa à cooperação entre a Comissão e as estruturas nacionais de concorrência dos Estados-Membros para a aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da UEMOA*).

Por conseguinte, a fim de reforçar o papel das autoridades nacionais de concorrência na otimização da aplicação das regras de concorrência na União, devem ser introduzidas reformas estruturais a montante no direito primário. Por outras palavras, a redefinição das competências entre a Comissão e os Estados-Membros exige uma revisão prévia do Tratado.

Tendo em conta o que precede, o Tribunal de Justiça considera que :

- O anteprojeto de regulamento elaborado pela Comissão e relativo à repartição de competências e à cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros para a aplicação dos artigos 88º, 89º e 90º do Tratado da UEMOA não está em conformidade com as disposições do referido Tratado.
- Que, por conseguinte, é necessária uma revisão prévia das disposições pertinentes do Tratado acima referidas, a fim de eliminar os obstáculos jurídicos inerentes.

E assinada pelo Presidente, pelo Relator e pelo Escrivão.

Seguem-se as assinaturas
ilegíveis. Ouagadougou, 09 de
julho de 2020

O Conservador

Boubakar TAWEYE MAIDANDA