



Elsa Mariana Pereira Lameira

Os Acordos Ambientais entre Empresas no Direito da Concorrência da União Europeia

Dissertação em Ciências Jurídico-
Empresariais/Menção em Direito Comercial

Julho/2018





FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Elsa Mariana Pereira Lameira

**Os Acordos Ambientais entre Empresas no Direito da Concorrência da
União Europeia**

*Environmental Agreements between undertakings in the European Union
Competition Law*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais, Menção
em Direito Comercial.

Orientador: Doutor Manuel Couceiro Nogueira Serens

Coimbra, 2018

Agradecimentos

Ao Doutor Manuel Couceiro Nogueira Serens, pela sua orientação na elaboração desta dissertação.

À Dr.^a Esmeralda Rodrigues por todo o apoio e conselhos prestados ao longo deste trabalho.

À minha amiga Joana Castro por me ouvir e confortar em todos os momentos, e especialmente naqueles em que a motivação se esvanece.

A todos os meus amigos que me ouviram nos momentos de maior aflição.

Aos meus pais, por uma vida inteira de amor incondicional.

Resumo

Os acordos ambientais são eficazes instrumentos de política ambiental, na medida em que envolvem mais as empresas na definição e prossecução de metas ambientais, permitindo que assim se atinjam objetivos mais ambiciosos que, de outro modo, não se conseguiriam atingir.

Todavia, a sua implementação é limitada pelo direito da concorrência europeu, já que o artigo 101.º TFUE, que compõe o cerne do direito da concorrência europeu, no seu n.º 1 proíbe quaisquer acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que afetem o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Contudo, no n.º 3 estabelece-se uma exceção a esta proibição composta por quatro requisitos.

Visa-se, então, perceber de que forma é que os objetivos ambientais traçados nestes acordos poderão ser integrados no direito da concorrência, tendo em conta que este sempre foi um ramo marcado por um pensamento económico.

Para este estudo será fulcral avançar com um enquadramento teórico que permita compreender a evolução quer da política ambiental, quer da política concorrencial da União Europeia. De seguida explica-se o conceito de acordos ambientais e qual a sua relevância para a concretização da política ambiental. Além disso, far-se-á a análise dos três principais argumentos teóricos (sistemático, de boa governança e económico) a cuja luz se torna inquestionável que os benefícios e danos ambientais deverão ser integrados no direito da concorrência europeu.

Por fim, expõe-se a proibição do n.º 1 do artigo 101.º TFUE e a exceção do n.º 3, juntamente com os seus requisitos. O objetivo é compreender se, e de que modo, é que as considerações ambientais poderão ser integradas na aplicação deste artigo.

A partir do exposto conclui-se por uma resposta no sentido não apenas de uma mera possibilidade de integração das considerações ambientais no direito da concorrência, mas mesmo como um imperativo legal.

Palavras-chave: acordos ambientais; princípio da integração ambiental; restrição concorrencial; práticas restritivas; empresas; benefícios ambientais.

Abstract

Environmental agreements are efficient environmental policy instruments, in the way that they embody undertakings in the definition and implementation of environmental goals, allowing more ambitious targets to be attained, which wouldn't be possible in any other way.

However, its implementation is limited by the European competition law because article 101 (1) TFEU, which is the crux of the European competition law, prohibits all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market. Despite this fact, article 101 (3) TFEU establishes an exception with four requirements.

The aim is to understand how the environmental goals set in these agreements might be integrated into the competition law, while bearing in mind that this has always been a realm with an economical rationality.

It will be crucial for this study explaining the theoretical framework which allows to understand the evolution of both the environmental and competition policies in European Union. Then, it is explained the concept of environmental agreements, and why they are relevant for the enforcement of the environmental policy. Moreover, it will be analysed three theoretical arguments (systematic, good governance and economic) which permits to uphold that environmental benefits and damages should be integrated in the European competition law.

At last, it is explained the prohibition established in article 101 (1) TFEU and its exception in article 101 (3) TFEU, together with its requirements. The aim is to understand if, and how, environmental considerations can be integrated in the enforcement of this article.

In the end, it is concluded that not only it is possible to integrate environmental considerations into the competition law, but also is a legal imperative.

Key-words: environmental agreements; principle of environmental integration; restriction of competition; restrictive practices; undertakings; environmental benefits.

Lista de siglas e abreviaturas

UE	União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
JO	Jornal Oficial da União Europeia

Índice

Introdução	8
1. O desenvolvimento da política ambiental da UE e a sua influência no direito europeu da concorrência	13
2. Os objetivos da política europeia da concorrência	15
2.1. Ordoliberalismo.....	16
2.2. A Escola de Harvard	20
2.3. Escola de Chicago	23
2.4. Escola(s) Pós-Chicago	26
2.5. O Modelo Europeu de Concorrência.....	27
3. O âmbito de aplicação das normas europeias da concorrência.....	31
3.1. Agricultura	31
3.2. Transportes	34
3.3. Defesa.....	37
4. Os acordos ambientais como instrumento de política ambiental.....	38
5. Relevância das considerações ambientais no art.º 101 TFUE	41
5.1. Argumento sistemático.....	41
5.1.1. O desenvolvimento sustentável e o princípio da integração ambiental	41
5.2. Argumento de Boa Governança	46
5.2.1. Os tribunais da UE.....	48
5.2.2. A Comissão.....	50
5.2.3. As Autoridades Nacionais da Concorrência e os Tribunais Nacionais	51
5.3. Argumento económico	54
5.3.1. O bem-estar do consumidor da perspetiva de uma abordagem económico-ambiental.....	55
5.3.1.1. Técnicas de valoração ambiental.....	57

6.	Os conceitos de empresa e de mercado relevante à luz das considerações ambientais	61
6.1.	O conceito de empresa	61
6.1.1.	Relevância das considerações ambientais na definição do conceito de empresas	63
6.2.	Definição de mercado relevante	65
6.2.1.	O mercado de produto relevante	66
6.2.1.1.	Substituibilidade do lado da procura	66
6.2.1.2.	Substituibilidade do lado da oferta	68
6.2.2.	Mercado geográfico relevante	69
7.	Afetação do comércio entre Estados-Membros	71
8.	O artigo 101.º, n.º 1 TFUE	73
8.1.	Acordos, decisões e práticas concertadas	74
8.1.1.	Acordos que têm por objetivo restringir a concorrência e acordos que têm por efeito restringir a concorrência	75
8.1.2.	O conceito de restrição sensível	76
8.1.2.1.	CrITÉrio quantitativo de restrição sensível	77
8.1.2.2.	CrITÉrio qualitativo de restrição sensível	78
8.1.3.	Doutrina da restrição auxiliar (“ <i>the ancillary restraint doctrine</i> ”)	79
8.2.	A proibição do nº1 do artigo 101.º TFUE e os acordos ambientais	83
9.	A exceção à proibição do artigo 101.º n.º 3 TFUE	89
9.1.	1º Condição: contribuição para a melhoria da produção ou distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico	91
9.2.	2º Condição: reserva de uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores	95
9.3.	3º Condição: restrições indispensáveis	99
9.4.	4º Condição: não eliminação da concorrência	102
10.	Conclusão	105

11.	Bibliografia	108
12.	Anexos	116

Introdução

Embora não estivesse mencionada no Tratado de Roma (1957) a proteção ambiental passou a fazer parte da “agenda” da União Europeia em 1986 com o Ato Único Europeu. Paulatinamente, a política ambiental foi ganhando importância no seio da União Europeia. Hoje, o artigo 11.º TFUE, que consagra o princípio da integração ambiental, estabelece que “as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da Comunidade (...), em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável”. Atualmente, a proteção ambiental é um objetivo central da União, ao lado dos objetivos de crescimento económico e do mercado interno.

Nos últimos 40 anos, a implementação de políticas ambientais trouxe inúmeros benefícios para os ecossistemas europeus e para a saúde e padrões de vida dos seus cidadãos. Além disso, as políticas ambientais têm vindo a criar oportunidades económicas e, assim, contribuindo para a Estratégia Europeia 2020, que visa tornar a UE numa economia inteligente, sustentável e inclusiva até 2020. Por exemplo, o sector da indústria do ambiente, que produz bens e serviços que reduzem a degradação ambiental e conservam os recursos naturais, cresceu mais de 50% entre 2000 e 2011¹.

Contudo, apesar dos progressos das últimas décadas, a Europa continua a enfrentar diversos desafios. O capital natural europeu está a ser degradado por atividades socioeconómicas, tais como, a agricultura, as pescas, os transportes, a indústria, o turismo e a expansão urbana². Além disso, eventos políticos recentes também colocam novos desafios à política ambiental europeia, como é o caso do *Brexit*³.

¹ EEA. (2015). *The European environment — state and outlook 2015: synthesis report*. European Environment Agency, Copenhagen, p. 9.

² *Ibid.*, pp. 9-10.

³ Ambientalistas no Reino Unido receiam que a saída da UE deixe um vazio no que à regulamentação ambiental diz respeito. Não só existe o receio de se anular a legislação ambiental, como também de deixar de existir uma instituição no lugar da Comissão que garanta a efetiva aplicação e execução das normas ambientais no Reino Unido. In Laville, S. (12 de Julho de 2017). *Green groups call for overhaul of repeal bill to safeguard environment after Brexit*. Obtido em 26 de Junho de 2018, de The Guardian: https://www.theguardian.com/environment/2017/jul/12/green-groups-call-for-overhaul-of-repeal-bill-to-safeguard-environment-after-brexit?CMP=tw_t_a-environment_b-gdneco. Existem também vozes, no Reino Unido, que advogam um afrouxar das normas ambientais, pois poderá ser do interesse de algumas empresas, já que as normas ambientais que implicam determinados standards de operabilidade, ou de qualidade, para elas elevam os custos de produção. Caso se venha a verificar a retirada de toda, ou alguma, legislação ambiental europeia da ordem jurídica inglesa, tal pode significar uma concorrência em desigualdade de circunstâncias entre as empresas que operam dentro da UE, e que como tal têm de cumprir metas ambientais ambiciosas, e as que operam no Reino Unido não (ver Haigh, N., 2 de Fevereiro de 2018, *Brexit: Single Market, Customs*

Por outro lado, a política de concorrência é uma área de atividade central para UE, marcada por uma racionalidade económica que se centra no bem-estar do consumidor. Por este motivo, muitos decisores políticos rejeitam a possibilidade de integração de fatores não económicos no direito da concorrência.

Apesar destas duas políticas poderem, à primeira vista, parecer distantes, a verdade é que se estabelece entre elas uma relação de proximidade.

A colocação de restrições artificiais à concorrência entre empresas, pode ter como consequência desencorajá-las de inovar, quer através de novos produtos menos poluentes ou pelo uso de sistemas de poupança de energia ou de recursos mais eficientes. Além disso, o princípio do poluidor pagador conduz à incorporação das externalidades negativas no preço dos bens e serviço⁴. Este princípio, consagrado no artigo 191.º, n.º 2 TFUE, deveria incentivar a concorrência entre empresas e encorajá-las a reduzir emissões mediante o uso de técnicas de produção mais inovadoras⁵.

Todavia, esta relação de proximidade pode ser uma relação tensa. Em primeiro lugar, em regra, os objetivos das políticas concorrenciais não coincidem com os que são proclamados pela política ambiental. Enquanto a concorrência procura aumentar a produtividade das empresas em benefício dos consumidores, as iniciativas no sentido de proteger o ambiente visam regular os impactos ambientais da produção industrial. O liberalismo económico e a persecução da manutenção de uma livre concorrência, não é bem vista pelos ambientalistas, para quem estes fatores apenas agravam a crise ambiental⁶.

Em segundo lugar, as políticas ambientais seguidas pelas empresas não se coadunam com o direito da concorrência. Como as externalidades da poluição não são necessariamente incorporadas no preço dos produtos e serviços, as empresas mais

Union, and the environment. Obtido em 26 de Junho de 2018, de Institute for European Environmental Policy: <https://ieep.eu/news/brexit-single-market-customs-union-and-the-environment>).

⁴ “O princípio do «poluidor-pagador» é executado pela *Environmental Liability Directive*, (da sigla inglesa ELD), que visa a prevenção ou, de algum modo, a reparação dos danos ambientais causados a espécies e habitats naturais protegidos, à água e ao solo. Os operadores de determinadas atividades profissionais, como o transporte de substâncias perigosas, ou de atividades que implicam descargas nas águas, devem tomar medidas preventivas em caso de ameaça iminente para o ambiente. Se os danos já tiverem ocorrido, os operadores são obrigados a tomar as medidas adequadas para reparar esses danos, devendo suportar os respetivos custos. O âmbito de aplicação da diretiva foi alargado três vezes, com o intuito de incluir, respetivamente, a gestão dos resíduos das indústrias extrativas, a operação de locais de armazenamento geológico e a proteção de operações offshore de petróleo e gás” in Parlamento Europeu. (06 de 2017). *Política Ambiental: Princípios Gerais e Quadro Base*. Obtido em 25 de 09 de 2017, de http://www.europarl.europa.eu/portal/pt: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.4.1.pdf.

⁵ Sadeleer, N. d. (2014). *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford University Press., p. 387.

⁶ Sadeleer, N. de (2014), op. cit., pp. 387-388.

empreendedoras em termos ambientais e que têm a capacidade de produzir e colocar no mercado produtos mais “amigos” do ambiente, como estes são mais caros, irão ter mais dificuldade em concorrer com os seus rivais⁷. Com o objetivo de diminuir os custos com a inovação, as empresas poderão sentir-se tentadas a celebrar acordos entre si. Sucede ainda que as empresas podem harmonizar as suas práticas com vista a atingir mais eficientemente os objetivos definidos pelo legislador⁸. Além disso, as autoridades públicas também interferem com o mercado ao favorecerem empresas que vendem eletricidade de energias renováveis ou produtos manufaturados e matérias-primas “secundárias”. A competição também poderá ser falseada caso as autoridades nacionais celebrem acordos com empresas ou as pressionem a celebrar acordos entre si. Tais acordos permitem que as empresas levantem barreiras à entrada de novos operadores económicos no mercado. Em qualquer destas situações, poderá haver uma restrição da concorrência e, se tais restrições afetarem o mercado interno, estaremos perante uma violação do art.º 101 n.º 1 TFUE⁹.

Terceiro, ao permitir que empresas se especializem em gestão de resíduos ou tratamento de águas residuais para compensar as suas perdas em operações em áreas menos poluídas, as autoridades públicas estão a conceder direitos de exclusividade a essas entidades, cuja compatibilidade com a normas anticoncorrenciais deve ser avaliada. De forma semelhante, acordos relativos à recolha e reciclagem de resíduos estabelecido pelos operadores do próprio sector, com o apoio das autoridades públicas, pode criar um estrangulamento na competição por parte de empresas que pretendessem aceder a semelhantes acordos. De facto, dado o limitado número de locais nas áreas urbanas disponíveis para a recolha específica de lixo doméstico, muito dificilmente será possível

⁷ Esta preocupação com o “consumo ético ou ecológico” não é algo assim tão recente, e é em tudo semelhantes à luta entre os grandes e os pequenos concorrentes, no final do século XIX, que se queriam distinguir uns dos outros mediante o uso de “marcas operárias”. “Se os produtos ostentavam uma marca desse tipo, significava isso que tinham sido produzidos em observância das “condições de trabalho” estatuídas nos respectivos contratos colectivos, sendo, por conseguinte, a sua *aquisição recomendada* aos trabalhadores que integrava, os sindicatos operários, signatários desses contratos, e ao público em geral (...)” in Serens, M. N. (2007), p. 1157-1158.

⁸ Porém, há algo que é pertinente mencionar sob pena de ingenuidade. Embora a celebração destes acordos possa ser vantajosa para as empresas que estão a ter dificuldades em cumprir as metas ambientais, pois permitem-lhes beneficiar de sinergias que as irão impulsionar, a verdade é que são igualmente vantajosos para as grandes empresas. Estas últimas, tendo maior capacidade de produção e recursos, ao juntarem-se para celebrar um acordo deste género podem estar a criar barreiras à concorrência. Ao estabelecer no acordo novos métodos de produção mais tecnológicos, ou o desenvolvimento de produtos mais eficientes, por exemplo, dificultam a concorrência por parte das empresas mais pequenas, e a própria entrada no mercado por parte de novos operadores.

⁹ *Ibid.*, p. 388.

aumentar o número de pontos de recolha de lixo – tais pontos terão de ser partilhados. Ora, a detenção de direitos exclusivos nos termos do artigo 106.º TFUE, consubstancia um abuso de posição dominante, e, portanto, há uma violação do artigo 102.º TFUE.

Por fim, uma outra fonte de tensão advém da concessão pelas autoridades públicas de auxílios de estado, de modo a permitir que as empresas recetoras cumpram com as suas obrigações legais impostas pelo direito do ambiente ou, para as encorajar a investir em tecnologias menos poluidoras. Com tal comportamento corre-se o risco de distorcer a concorrência. As ajudas de Estado têm de ser autorizadas pela Comissão, de acordo com o artigo 107.º n.º3 TFUE¹⁰.

Como facilmente se conclui, há muitas zonas do direito da concorrência nas quais estas questões ambientais se colocam com especial pertinência. Todavia, a presente investigação irá apenas concentrar-se nos acordos voluntários entre empresas, que entrem em colisão com o n.º 1 do artigo 101.º TFUE, e as situados em que estes poderão ser excetuados da proibição à luz do n.º 3 da mesma disposição.

Iremos, então, focar-nos em tentar compreender como é que o direito da concorrência, tendo em vista o princípio da integração ambiental, deverá reagir a acordos que visam proteger o ambiente e, simultaneamente, restringem a concorrência.

Nos capítulos 1 e 2 focamo-nos no contexto teórico das políticas ambiental e concorrencial europeias. No capítulo 1 discorremos brevemente sobre a evolução da política ambiental na União Europeia, e o capítulo 2 analisamos as diversas escolas que contribuíram para a construção do pensamento concorrencial europeu e qual a sua interação com a política ambiental.

No capítulo 3 estudamos outros sectores de atividade da UE que têm, ou já tiverem, uma aplicação mitigada no direito da concorrência. O objetivo é demonstrar que é possível aplicar o mesmo raciocínio concorrencial ao sector ambiental.

No capítulo 4 expomos os acordos ambientais como instrumento de política ambiental, demonstrando as suas vantagens e eficácia da prossecução da proteção ambiental.

No capítulo 5 apresentamos os argumentos teóricos que nos levam a defender que os benefícios e danos ambientais deverão ser tidos em conta pelos decisores da política concorrencial europeia. Sugerimos para isto três argumentos: um argumento sistemático, um argumento de boa governança e um argumento económico.

¹⁰ Ibid., p., 388.

Nos capítulos 6 a 9 debruçamo-nos sobre a parte mais prática do direito da concorrência. Nos capítulos 6 e 7 discorremos sobre os conceitos essenciais de direito da concorrência, nomeadamente, os conceitos de empresa, mercado relevante e afetação do comércio entre Estados-Membros, e como é que estes conceitos podem ser influenciados pelas considerações ambientais. Nos capítulos 8 e 9 estudamos o artigo 101.º TFUE, quer a sua proibição no n.º 1, quer a sua exceção no n.º 3, e tentamos provar que nestas disposições existe espaço para a proteção ambiental.

Finalmente, no capítulo 10 apresentamos algumas conclusões.

O objetivo deste trabalho é provar que o direito da concorrência não é estanque, e estabelece dinâmicas com outros ramos do direito, mais concretamente com o direito ambiental, e que se deixa influenciar por estes. Tentaremos provar que mesmo um ramo do direito europeu marcado por uma racionalidade económica se deixa permear por fatores e considerações não-económicas.

1. O desenvolvimento da política ambiental da UE e a sua influência no direito europeu da concorrência

O Tratado de Roma, celebrado em 1957, não continha qualquer menção em relação a objetivos ambientais, o que não é surpreendente dado o seu ímpeto essencialmente económico.

Em 1973, a Comunidade Económica Europeia adotou o seu primeiro Programa de Ação em Matéria de Ambiente, que implicou que a proteção ambiental fosse componente do crescimento económico,¹¹ apesar de esta não ser ainda um objetivo da Comunidade Económica Europeia, e abriu a porta para a adoção de legislação ambiental comunitária. A proteção ambiental passou a ser um objetivo da Comunidade Económica Europeia em 1986 com o Ato Único Europeu, que no art.º 25 introduziu um novo Título VII sobre o ambiente no Tratado da Comunidade Económica Europeia.

Com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, em 1993, deu-se uma nova redação ao Tratado da Comunidade Económica Europeia, sendo que no artigo 2.º passa a ler-se “A Comunidade tem como missão, (...) promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades económicas, um crescimento sustentável e não inflacionista que *respeite o ambiente (...)*”. Isto revela-se de especial importância pois, pela primeira vez, a referência à proteção ambiental passa a estar entre os objetivos da Comunidade.

O Tratado de Amesterdão, que entrou em vigor em maio de 1999, representa a primeira grande promoção e concretização dos objetivos ambientais da Comunidade. Primeiramente, consagrou a promoção de um “elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente” no artigo 2.º do Tratado. Simultaneamente, alterou a letra do mesmo artigo passando a referir “o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades económicas”. Em segundo lugar, o atual artigo 11.º TFUE (antes art.º 6 TCE) foi pela primeira vez introduzido na Parte I do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no art.º 3-C, entre os princípios da Comunidade. Esta disposição afirma que “as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e

¹¹ No preâmbulo do Primeiro Programa de Ação em Matéria de Ambiente, JO 1973 C 112/1, disponha-se que “nos termos do artigo 2.º do Tratado que a institui, a Comunidade Económica Europeia tem nomeadamente a missão de promover o desenvolvimento harmonioso de atividades económicas no conjunto da Comunidade e uma expansão contínua e equilibrada, o que não se pode conceber, doravante, sem uma luta eficaz contra as poluições e perturbações e sem a melhoria da qualidade de vida e da proteção do ambiente.”

execução das políticas e ações da Comunidade (...), em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável”.

Com o Tratado de Lisboa¹², o art.º 3 do Tratado da União Europeia estabelece o objetivo de desenvolvimento sustentável. Dispõe a referida norma que a União “Empenhasse no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente (...)”. O objetivo do desenvolvimento sustentável refere-se à necessidade de levar a cabo uma análise dos efeitos económicos, sociais e ambientais de todas as políticas de forma coordenada¹³.

Além disso, o então art.º 6 do Tratado da Comunidade Europeia passou para o artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sob o título “Disposições de aplicação geral”. O art.º 11 TFUE deve ser lido em conjugação com o novo art.º 7 TFUE, igualmente sob o título “Disposições de aplicação geral”, que visa assegurar a coerência entre as diferentes políticas e ações da União.

Resta chamar a atenção para um facto que assumimos como de especial relevo para a investigação a que nos propomos. A referência ao objetivo de garantir que a “concorrência não seja falseada no mercado interno” no artigo 3.º TCE desapareceu com o Tratado de Lisboa¹⁴.

Adiante iremos analisar as consequências destas alterações para a política ambiental e concorrencial da EU.

¹² Sobre as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa no direito e política ambiental da União ver Vedder, H. (2010). The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy. *Journal of Environmental Law*, 22(2), 287-299.

¹³ Wiesbrock, A., & Sjaafjell, B. (2015). The importance of article 11 TFUE for regulating business in the EU: securing the very basis of our existence. Em A. Wiesbrock, B. Sjaafjell, J. Nowag, C. Voigt, C. Villiers, J. Mahonen, . . . J. Rosenqvist, *The greening of European business under EU Law*. Routledge., p., 2.

¹⁴ A remoção desta referência é atribuída à insistência do presidente francês, Nicolas Sarkozy. O presidente Nicolas Sarkozy terá afirmado que estaríamos perante “the end of competition as na ideology and a dogma” in euobserver, obtido em 25 de junho de 2007, de <https://euobserver.com/economic/24350>.

Contudo, no Protocolo (N.º 27) relativo ao Mercado Interno e à Concorrência do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estabeleceu-se que “o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada”.

2. Os objetivos da política europeia da concorrência

De modo a entendermos qual o papel que as considerações ambientais desempenham ou deveriam desempenhar na política europeia da concorrência, temos, antes de mais, de saber quais os objetivos que o direito europeu na concorrência tem atualmente. Quais são estes objetivos? Será que a proteção ambiental tem um papel a desempenhar no direito europeu da concorrência? Ora, a primeira questão ainda hoje está por esclarecer, o que torna a resposta à segunda ainda mais complexa.

As respostas a estas questões dependem da teoria concorrencial que decidirmos adotar e quais os objetivos que entendemos que a política concorrencial europeia tem. De um lado, temos uma perspetiva mais económica, que entende que o propósito único da concorrência é a eficiência económica, não deixando qualquer espaço para a análise de fatores não económicos; por outro lado, temos uma abordagem plural, que entende que a política de concorrência é marcada por múltiplos valores, não podendo ser reduzido apenas à eficiência económica.

Em 2004 a Comissão parece ter enveredado pela primeira opção ao afirmar que “O artigo 81.º tem por objetivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos”¹⁵.

Contudo, quem se opõe a esta posição entende que a concorrência não deve ser vista como um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para a realização dos objetivos fundamentais do Tratado, nomeadamente o estabelecimento do mercado interno, o desenvolvimento sustentável da Europa, melhoramento da qualidade do ambiente¹⁶.

Com o objetivo de dar uma resposta a este debate, iremos começar este capítulo pela análise de diversos modelos de concorrência, que, de algum modo, exerceram influência no desenho da política da concorrência da União Europeia, e quais as suas posições

¹⁵ Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado JO 2004 C101/97.

¹⁶ Art.º 3 TUE. Neste sentido, discurso de van Miert, antigo Comissário Europeu da Concorrência, intitulado “Framework and objectives of EC Competition Policy”, obtido em 05 de novembro de 2017, de http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-93-13_en.htm. No referido discurso pode ler-se “*Competition policy has so long been a central Community policy, that it is often forgotten that it is not an end in itself but rather one of the instruments towards the fundamental goals laid out in the Treaty - namely the establishment of a common market, the approximation of economic policy, the promotion of harmonious development and economic expansion, the increase of living standards and the bringing about of closer relationship between Member States. Competition policy therefore cannot be understood or applied without reference to this legal, economic, political and social context.*”

relativamente à inserção das considerações sobre proteção ambiental na política concorrencial, tentando ao longo do percurso perceber quais as escolas mais influentes e a respetiva medida da influência.

Serão estudadas a Escola Ordoliberal, Harvard, Chicago e Pós-Chicago, resultando esta última da mistura entre a Escola de Harvard com a Escola de Chicago, num enquadramento altamente influenciado pela Escola Ordoliberal.

2.1. Ordoliberalismo

A teoria ordoliberal surge na Universidade de Freiburg, na Alemanha, nos anos 30 do século passado, através do economista Walter Eucken e dos advogados Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth. As ideias da Escola de Freiburg estiveram na base de um novo tipo de pensamento liberal que influenciou a evolução da política social e económica da Europa, e que desempenhou um papel central no desenvolvimento do direito da concorrência. Hoje é vulgarmente aceite que o pensamento da Escola de Freiburg está na base dos artigos 101.º e 102.º TFUE.

A escola de Freiburg assentava o seu pensamento no liberalismo, pois entendia que este era necessário para uma sociedade de economia próspera, livre e igualitária. Porém, o pensamento vinculado por esta escola não concordava com o *laissez-faire* do liberalismo. O Estado teria um papel a desempenhar, ainda que limitado. A sociedade apenas se poderia desenvolver na presença de um quadro legal, ao qual os ordoliberais chamavam “constituição económica”, que prevenisse distorções da concorrência, que assegurasse que os benefícios do mercado eram distribuídos de forma equitativa pela sociedade e que minimizasse a intervenção governamental na economia¹⁷. Esta “constituição económica” consistiria numa decisão política sobre o tipo de economia que uma determinada sociedade deseja¹⁸.

O programa ordoliberal centrava-se numa nova conceção entre a lei e o sistema económico. Os ordoliberais acreditavam que a concorrência providenciaria as fundações para a sociedade que eles imaginavam, mas apenas se a lei criasse e mantivesse as condições necessárias para que a concorrência funcionasse devidamente.

¹⁷ Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Clarendon Press., p., 232.

¹⁸ *Ibid.*, p. 246.

Para os ordoliberais, a ordem concorrencial (“*competition order*” – do alemão “*ordnungspolitik*”) assentava em seis princípios “constitucionais” e quatro princípios regulatórios, que eram interdependentes. Os princípios constitucionais são os princípios fundamentais que estabelecem a forma de mercado, são eles o i) princípio da estabilidade de preços, garantido por um banco central independente, ii) abertura de mercados (ausência de barreiras, públicas ou privadas, no comércio nacional e internacional, ausência de monopólios ou outros privilégios concorrenciais concedidos a operadores privados), iii) propriedade privada, iv) liberdade contratual (com exceção dos contratos que restrinjam a liberdade contratual), v) responsabilidade legal por atos económicos, vi) constância da política económica, isto é, previsibilidade que permita uma antecipação da alteração das regras da concorrência. Apenas com o preenchimento destes requisitos se constitui a “ordem concorrencial”. Contudo, para que a “ordem concorrencial” continue a funcionar são necessários mais quatro princípios. Estes princípios regulatórios visam garantir a efetividade dos princípios “constitucionais”. Estes princípios abrangem i) monopólios (combate a todos os acordos entre empresas que tendem a restringir ou erodir a concorrência e promovem a influência do poder privado nas políticas públicas), ii) política salarial (apoios da segurança social em caso de impossibilidade de ter rendimentos: doença, infância, velhice, etc.), iii) internalização dos efeitos externos, iv) anomalias na oferta de trabalho¹⁹.

Se o Estado não aprovasse medidas com o intuito de proteger a concorrência, as empresas de monopólio ou oligopólio iriam emergir, o que iria subverter as vantagens oferecidas pelo mercado económico. Baseados nas suas próprias experiências alemãs, em que o poder económico privado foi usado na destruição de instituições políticas e sociais, os ordoliberais enfatizaram a necessidade de proteger a sociedade do mau uso desse poder económico²⁰.

Assim sendo, da perspetiva ordoliberal o objetivo da concorrência é restringir o poder económico privado, e prevenir os seus efeitos negativos. Consequência desta suspeita relativamente à concentração económica, era o entendimento de que os monopólios deveriam ser eliminados²¹. Quando a abolição de tais monopólios não fosse possível, como

¹⁹ Budzinski, O. (2008). *Monoculture versus diversity in competition economics*. Cambridge Journal of Economics, n.º 32(2), 295-324, p. 307.

²⁰ Gerber, D. J. (1998), p. 240.

²¹ Ver, Oswald-Eucken, I. (1994). Freedom and Economic Power: Neglected Aspects of Walter Eucken's Work. *Journal of Economic Studies*, n.º 21(4), 38-45. doi:<https://doi.org/10.1108/01443589410070770>, p. 41.

no caso de monopólios naturais ou na hipótese da posição de monopólio assentar num direito legalmente protegido (por exemplo, uma patente ou direitos de autor), ou ainda quando tal fosse impraticável ou acarretasse prejuízo económico, estas empresas em situação de monopólio teriam de comportar-se *como se* estivessem sujeitas a concorrência. Isto é, as empresas em causa não poderão adotar condutas que não lhes estariam disponíveis se não detivessem o poder de monopólio que detêm²².

O ordoliberalismo esteve também na base de um programa mais abrangente, a economia social de mercado. A teoria da economia social de mercado foi originalmente desenvolvida por Müller-Armack, que incorporou os conceitos centrais do programa ordoliberal, como “constituição económica” e “*ordnungspolitik*”, enfatizando a necessidade de normas para proteger o processo concorrencial, e prestando maior atenção aos valores e preocupações sociais²³. Este modelo foi essencial na fundação da República Federal da Alemanha, suportado por Ludwig Erhard, ministro da economia entre 1949 e 1964, e chanceler entre 1964 e 1966²⁴.

As ideias ordoliberais tiveram uma grande influência na política económica da União, incluindo no direito da concorrência. Tal deve-se ao facto de que, quando o Tratado de Roma estava a ser esboçado, entre 1955 e 1956, a Alemanha estava a terminar o seu processo legislativo na área do direito da concorrência, tendo esse regime entrado em vigor no mesmo dia que o Tratado. Por esse motivo, os artigos 101.º e 102.º TFUE refletem o pensamento ordoliberal ao proibir acordos entre empresas restritivos da concorrência (art.º 101 n.º 1), sujeitos a serem excecionados (art.º 101 n.º 3), e ao proibir o abuso de posição dominante (art.º 102)²⁵, sendo esta última disposição uma reminiscência do critério *como se* para os monopólios. Tais disposições não se assemelham a nenhuma outras que pudessem

²² Gerber, D. J. (1998), p. 252.

²³ Gerber, D. J. (1994). Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *American Journal of Comparative Law*, 42(1), 26-84. Obtido em 7 de novembro de 2017, de http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/221, p. 60.

²⁴ Kingston, S. (2012). *Greening EU Competition Law and Policy* (1.ª ed.). Cambridge University Press, pp.13-14.

²⁵ Ver, Weitbrecht, A. (2008). From Freiburg to Chicago and beyond - the first 50 years of European Competition Law. *European Competition Law Review*, n.º 29(2), 81-88, onde se pode ler que já no Tratado antecessor do Tratado de Roma, o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), tinham sido incluídas normas de concorrência, nomeadamente os artigos 65.º e 66.º do respetivo tratado. O artigo 65.º correspondia, mais ou menos, ao atual artigo 101.º, e o artigo 66.º continha normas relativas ao controlo de concentrações e criava uma Autoridade para intervir em situações de abuso de posição dominante.

existir no direito da concorrência de outros países europeus à época. Embora a proibição dos cartéis apresentasse algumas semelhanças com o direito da concorrência americano, a proibição do abuso de posição dominante representa uma evolução particularmente ligada ao pensamento ordoliberal e alemão do direito da concorrência e bastante diferente do que era defendido nos Estados Unidos da América²⁶.

Além disso, Walter Hallstein, um dos fundadores da Comunidade Europeia e primeiro presidente da Comissão Europeia, era um defensor do pensamento ordoliberal, e muitas das suas ideias para as instituições europeias refletiam esse ideal, sendo que ele propugnou as ideias ordoliberais durante o período de formação da Comunidade Europeia. Outra figura de relevo com fortes ligações ao ordoliberalismo foi Hans von der Groeben, um dos responsáveis pelo “Relatório Spaak”, no qual o Tratado de Roma se baseou, e primeiro Comissário da Concorrência²⁷. Mais ainda, durante muito tempo, o diretor da Direcção-Geral da Concorrência era tradicionalmente alemão (tradição que foi quebrada com a nomeação de Philip Lowe em 2002, seguido de Alexander Italianer em 2010).

Mas qual a relevância que as considerações ambientais teriam na teoria ordoliberal? Suzanne Kingston entende que uma separação estrita das considerações ambientais e da eficiência económica é inconsistente com a visão ordoliberal. A implementação da ordem concorrencial (“*ordnungspolitik*”) requer uma abordagem holística ao sistema legal, político e económico da comunidade. Para fundamentar a sua opinião avança com três argumentos que iremos aqui reproduzir.

Primeiro, para a teoria ordoliberal é essencial que os reguladores adotem uma “visão integrada”, isto é, cada decisão económica individual tem de ser vista como parte integrante do modelo de constituição económica. A implementação desta visão integrada de uma abordagem holística aos sistemas legal, político e económico da comunidade.

Este aspeto do pensamento ordoliberal assemelha-se ao argumento sistemático, que adiante iremos analisar, a favor de que fatores não-económicos sejam tidos em conta na política da concorrência europeia devido à estrutura sistemática do próprio Tratado da União Europeia.²⁸

Em segundo lugar, o esforço ordoliberal em definir uma nova relação entre a lei, a economia e a sociedade, deve-se, em parte, à rejeição do positivismo alemão dos anos 20 do

²⁶ Gerber, D. J. (1998), p. 264.

²⁷ Ibid., p. 263.

²⁸ Kingston, S. (2009), pp. 83-84.

século passado, e a sua aceitação da lei como a única fonte de direito, excluindo mesmo certos princípios e valores fundamentais. Pelo contrário, para a abordagem ordoliberal determinados valores fundamentais são inerentes à constituição económica na qual o mercado e respetiva concorrência assentam.

Consequentemente, se o valor da proteção ambiental é tido como fundamental para a constituição económica de uma determinada comunidade, conclui-se que as decisões na área da política da concorrência deverão ter em atenção os fatores da política ambiental. Como veremos adiante, a proteção ambiental é considerada um dos valores fundamentais da União Europeia.

Em terceiro lugar, Kingston afirma que é possível ver a proteção ambiental como parte do conceito de economia social de mercado. Finkentscher²⁹ argumenta que, no contexto alemão, sem proteção ou respeito pelo ambiente não estão reunidas as condições necessárias para a preservação de um sistema económico livre e social. Para o autor, a proteção do ambiente faz parte integrante do aspeto social do nosso sistema de mercado livre.

Contudo, importa reparar que, embora no contexto pós-Lisboa uma economia social de mercado constitua um dos objetivos da União, não é totalmente claro qual o significado desse conceito dadas as limitadas competências em matéria social da União Europeia. Porém, iremos limitar-nos à afirmação de que a UE está a trabalhar no sentido de uma economia social de mercado, e que a proteção ambiental deverá ser vista como uma parte constitutiva desse objetivo³⁰.

2.2. A Escola de Harvard

Uma segunda teoria da concorrência foi desenvolvida por Edward Mason e Joe Bain da Universidade de Harvard, tendo ficado conhecida como a Escola de Harvard.

A ideia central desta teoria é que a concorrência real não é perfeita, mas há que ser “funcional” de modo a que os resultados sejam socialmente benéficos. Esta teoria põe particular ênfase nas ligações causais entre estrutura de mercado, conduta de mercado e

²⁹ Finkentscher, W. (1997). *Freiheit als Aufgabe - Freedom as a Task*. Tubingen: Mohr Siebeck, p.30-31.

³⁰ Kingston, S. (2009), op. cit., pp., 85-86.

desempenho (este é o chamado modelo E-C-D - em inglês “SCP” - “Structure-Conduct-Performance”).

A estrutura de mercado define as características com as quais as empresas operam num determinado mercado. As principais características são o número e dimensão das empresas, mas são igualmente relevantes o poder de mercado dos consumidores, a facilidade de entrada de novos operadores no mercado e de saída dos já existentes. Na estrutura pode-se ainda integrar a diferenciação dos produtos, a integração vertical e a diversificação da produção.

A conduta descreve o comportamento que as empresas assumem no mercado. Engloba a forma de determinação dos preços (por conluio ou com base na procura); da produção; das características do produto; das despesas de venda e do investimento em publicidade ou em pesquisa e desenvolvimento (P&D).

O desempenho resulta da interação entre estrutura de mercado e conduta. A avaliação do desempenho visa determinar se houve aumento do bem-estar económico, mediante os critérios de eficiência produtiva, alocativa e dinâmica, mas também outros aspetos como emprego ou a distribuição equitativa da riqueza³¹.

É expectável que a estrutura de mercado influencie de forma causal a conduta concorrencial ou anti-concorrencial do mercado, conduzindo esta última, de forma causal, a um melhor ou pior desempenho dos mercados. Isto é, a estrutura de mercado tem influência na conduta dos seus atores e, conseqüentemente no desempenho do mercado.

No modelo E-C-D a política de concorrência visa identificar as estruturas de mercado que levam a resultados anti-concorrenciais e desenhar um direito da concorrência que modifique ou previna estruturas de mercado ligadas a um baixo desempenho económico³².

O objetivo da política de concorrência não é atingir o estado de concorrência perfeita, mas antes o nível de concorrência “funcional”. Além disso, de modo semelhante ao ordoliberalismo, a política de concorrência é vista como parte integrante de uma estratégia geral da política económica, e um instrumento para a prossecução de objetivos sociais mais amplos. Aqui poderíamos incluir qualquer tipo de objetivos que fosse desejável atingir, como bem-estar do consumidor, inovação, justa distribuição do rendimento, baixo

³¹ Monti, G. (2007). *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 57.

³² *Ibid.*, p. 59. A recomendação do modelo E-C-D é que se dê especial atenção às estruturas de monopólio e oligopólio já que estes reduzem o bem-estar do consumidor.

desemprego, proteção de indústrias essenciais, desenvolvimento sustentável, etc³³. Portanto, objetivos não-económicos são objetivos legítimos da política de concorrência.

A Escola de Harvard teve uma significativa influência na política concorrencial europeia e americana. Nos Estados Unidos podemos dizer que a sua influência durou até ao final dos anos 60, altura em que as ideias da Escola de Chicago começaram a ganhar proeminência.

No contexto europeu, a Escola de Harvard teve uma maior influência do que nos Estados Unidos. A ênfase que a Escola de Harvard põe na estrutura de mercado e a sua suspeição relativamente à concentração dos mercados é, ainda, evidente na política concorrencial da UE. Mais ainda, o conceito de “concorrência funcional”, com a sua inerente ambiguidade, deixa espaço para uma larga discricionariedade administrativa, o que marca o contexto europeu na atualidade³⁴.

Todavia, a aceitação da teoria da Escola de Harvard por parte da União Europeia não foi completa. A União Europeia tem rejeitado a ideia de que a análise da estrutura de mercado, por si mesma, é suficiente para fundamentar decisões concorrenciais, defendendo antes que a estrutura de mercado deve ser analisada conjuntamente com a conduta dos operadores e os prováveis efeitos negativos que derivem dessa conduta³⁵.

Novamente chega a altura de questionar qual a posição desta teoria relativamente a fatores ambientais. Ora, como vimos a Escola de Harvard não via a política concorrencial como uma área estanque, isolada da política económica mais ampla que a sociedade adota para atingir os seus objetivos. Pelo contrário, a política concorrencial poderia ser usada para atingir outros objetivos, incluindo objetivos não económicos, tais como estabilidade de emprego e redistribuição. Como tal, decorre que não há razão a obstar, no ponto de vista da Escola Harvard, que os fatores ambientais sejam tidos em consideração na análise e respetiva política concorrencial³⁶.

³³ Budzinski, O. (2008), p. 299.

³⁴ Ver, Acórdão C-26/76, *Metro v. Comissão* (Metro I), [1977], parágrafo 20, onde o TJUE faz referência ao conceito “workable competition”.

³⁵ Em sentido contrário, Acórdão T-219/99, *British Airways* [2003], parágrafo 264 no qual o TJUE afirma: “O artigo 82.º CE (hoje 101.º TFUE) não impõe a demonstração da existência de qualquer efeito real ou directo do comportamento em causa sobre os consumidores. O direito da concorrência visa proteger a estrutura do mercado contra as distorções artificiais e protege assim da melhor forma os interesses a médio e longo prazo dos consumidores”.

³⁶ Kingston, S. (2009), p., 88.

2.3. Escola de Chicago

A Escola de Chicago surge nos anos 70 nos Estados Unidos da América, e tem como seus principais impulsionadores Aaron Director, Robert Bork, George Stigler e Richard Posner. Esta escola – chamada de “Chicago” devido ao facto de os seus fundadores estarem fortemente ligados ao Departamento de Economia e de Direito da Universidade de Chicago – representa um corte em relação à Escola de Harvard.

A Escola de Chicago representa um corte em relação à sua antecessora, desde logo pela rejeição do modelo “E-C-D”³⁷. A Escola de Chicago entendia que não existe necessariamente uma relação entre concentração e mercado, barreiras de entrada e lucros de monopólios.

O foco principal desta escola é o bem-estar do consumidor. Para a Escola de Chicago, o *consumer welfare*³⁸ é o objetivo único da política de concorrência. Este era medido em termos de eficiência³⁹.

Dois aspetos determinam o *consumer welfare*: a alocação das forças produtivas e materiais disponíveis ao longo das diversas linhas de produção e a efetiva coordenação dos diversos meios de produção em cada indústria, de modo a conseguir o melhor resultado possível⁴⁰. Ao primeiro chamamos eficiência alocativa e ao segundo eficiência produtiva. A eficiência alocativa consiste na otimização macroeconómica da alocação de recursos. Existe quando, em condições de concorrência perfeita, os consumidores obtêm os bens e serviços que necessitam ao preço que estão dispostos a pagar, o que significa que todos os recursos estão alocados de acordo com os seus desejos. Já a eficiência produtiva existe quando, em condições de concorrência perfeita, bens e serviços são produzidos ao preço mais baixo

³⁷ Kingston, S. (2009), p., 89. Ver ainda, Hildebrand, D. (2009), pp., 141-142.

³⁸ Mas afinal o que é o *consumer welfare*? Certamente não se confunde com o conceito de consumidor que hoje lemos nos estudos de Direito do Consumo. Trata-se de um conceito distinto deste último. Bork não nos tinha a nós, consumidores finais, em mente quando se referia ao *consumer welfare standard*, nem sequer aos pequenos produtores, pois a concorrência não se deveria preocupar com estes, mas sim com a eficiência. Como diz M.N. Serens “os “consumidores” (...) não são necessariamente os funcionários e os trabalhadores por conta de outrem que despendem a maior parte ou mesmo a totalidade dos seus rendimentos (...) para satisfação das suas necessidades pessoais e das dos membros das respetivas famílias” in Serens, M. N. (2007). *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*. Almedina, p. 415. Neste conceito caberão tanto os consumidores, como os entendemos hoje, como as empresas.

³⁹ Budzinski, O. (2008), p. 300.

⁴⁰ Knight, Frank H. (1933), *The Economic Organization*. University of Chicago Press, p. 9, apud Bork, R. H. (1993). *The Antitrust Paradox - A Policy At War With Itself*. Basic Books, p. 91.

possível, o que significa que a sociedade está a gastar o mínimo possível de recursos no processo de produção.

Na análise da Escola de Chicago, os mercados cumpririam o critério de Pareto de eficiência – situação na qual ninguém pode ver a sua situação melhorada sem que alguém fique em pior situação. Neste sentido, o bem-estar do consumidor estaria no seu valor máximo quando os recursos económicos da sociedade estivessem alocados de modo a satisfazer as suas necessidades tanto quanto as restrições tecnológicas o permitissem⁴¹. Em concorrência perfeita, os mercados seriam alocativa e produtivamente eficientes, sem qualquer possibilidade de melhorias, isto é, eficientes do ponto de vista de Pareto, e o bem-estar do consumidor seria medido pela soma da renda do consumidor e do produtor⁴². Portanto, uma medida seria eficiente se o ganho total de eficiência por ela originado fosse superior às perdas, independentemente da identidade de quem ganhou ou perdeu. Isto é, se uma determinada medida originar ganhos aos produtores superiores às perdas dos consumidores, a Escola de Chicago considerá-la-ia eficiente; porém, de igual modo, também aprovaria uma medida que trouxesse ganhos aos consumidores superiores às perdas dos produtores⁴³.

Uma outra característica importante da Escola de Chicago era a sua crença de que a política de concorrência deveria estar completamente isolada de quaisquer considerações não económicas ou éticas. Desde que a eficiência seja atingida, saber se os recursos são distribuídos de forma equitativa pela sociedade não é relevante para a política de concorrência (mais uma vez a Escola de Chicago distancia-se do ordoliberalismo e da Escola de Harvard). Cabe, então, ao Governo redistribuir a riqueza através dos impostos⁴⁴.

Por fim, sendo a Escola de Chicago à intervenção do Estado no mercado, acreditava no *laissez-faire* absoluto e defendia que o mercado funcionasse na base do que chamava de “a sobrevivência dos mais aptos” – uma abordagem que recebeu o nome de “Darwinismo Económico”. O papel do Estado devia limitar-se a providenciar um enquadramento legal mínimo dentro do qual a concorrência pode ter lugar⁴⁵.

⁴¹ Kingston, S. (2009), p. 24.

⁴² Bork, R. H. (1993). *The Antitrust Paradox - A Policy At War With Itself*. Basic Books, p. 91.

⁴³ Hovenkamp, H. J. (1985). Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 84, 213-284, p. 231.

⁴⁴ Kingston, S. (2012), p. 25.

⁴⁵ Kingston, S. (2009), p. 90.

Esta teoria tornou-se bastante influente nos Estados Unidos e, por volta nos anos 80, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos parecia considerar que a eficiência era o objetivo exclusivo da política de concorrência⁴⁶.

Na Europa a influência desta Escola não foi tão evidente como nos Estados Unidos. É sabido que a Comissão já há algum tempo começou a adotar uma abordagem mais económica, de que é exemplo a Comunicação da Comissão de 2004, na qual estabelece que fatores não-económicos não deverão ser tidos em conta, no artigo 101.º n.º 3 TFUE⁴⁷, e o reconhecimento de que as eficiências poderão ter um papel a desempenhar no artigo 102.º TFUE e na análise de concentrações, demonstram que a Escola de Chicago teve alguma influência na União Europeia⁴⁸. Podemos apontar outros exemplos como a adoção de orientações relativas às restrições verticais e a isenção de determinados acordos verticais⁴⁹, a nomeação de um economista chefe e, ainda, as orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 102.º TFUE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante⁵⁰.

Contudo, esta abordagem mais económica poderá não significar necessariamente uma aceitação da Escola de Chicago, pois, embora tenha certamente uma base económica, as outras, como a Ordoliberal e a Escola de Harvard também têm.

Além disso, embora o bem-estar do consumidor seja o objetivo principal da política de concorrência, não significa que se vise o mesmo conceito de bem-estar do consumidor que a Escola de Chicago. Resulta do acima exposto que se os ganhos de bem-estar do consumidor não forem suficientes para compensar as perdas de bem-estar do produtor, então, para a Escola de Chicago não há ganho de bem-estar. Pelo contrário, é pacífico que para a política de concorrência da UE os ganhos de bem-estar do consumidor por si mesmo são relevantes. Ou seja, não se adota um bem-estar económico, mas um bem-estar do consumidor⁵¹.

⁴⁶ Hovenkamp, H. J. (1985), p. 223.

⁴⁷ Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado 2004 C 101/97.

⁴⁸ Kingston, S. (2012), p. 27.

⁴⁹ Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão de 22 de dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO 1999 L 336/21; Comunicação da Comissão - Orientações relativas às restrições verticais, JO 2000 C 291/1.

⁵⁰ Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO 2009 C 45/02.

⁵¹ É de referir que o artigo 101.º n.º 3 expressamente refere que “aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante”. Por utilizadores deveremos entender consumidores. Se analisarmos a versão do TFUE

A política de concorrência da UE tem divergido da veiculada pela Escola de Chicago no que toca à consideração de outros objetivos que não apenas os de eficiência económica. Embora haja quem defenda uma abordagem estritamente económica para a política de concorrência da UE e, por vezes, sejam dados passos que parecem ir nesse sentido, a verdade é que, por diversas ocasiões, se consideram outros fatores que não os meramente económicos, desde logo, o objetivo da integração do mercado, mas também outros, como política social, política de emprego, saúde, cultura e proteção ambiental⁵².

Por isso, quanto o papel dos fatores ambientais, ao definir o bem-estar do consumidor como o único objetivo da concorrência, no que à integração de objetivos não-económicos diz respeito, torna-se irrelevante. Quaisquer outros valores em conflito com o objetivo da eficiência económica devem ser preocupação do legislador de outros ramos do direito. A responsabilidade pela proteção ambiental é deixada, portanto, a cargo do legislador, não tendo a política de concorrência nada a dizer a seu respeito.

2.4. Escola(s) Pós-Chicago

A última escola que iremos analisar dá pelo nome de Escola Pós-Chicago e nasce, essencialmente, da crítica à escola de Chicago.

Uma primeira crítica que esta teoria faz à Escola de Chicago é que os seus modelos dão demasiado abstratos e simplistas. A Escola de Chicago simplifica em demasia o conceito de eficiência ao focar-se apenas nos conceitos de eficiência alocativa e produtiva. A sua abordagem estática ignora o dinamismo do conceito de eficiência. Os teóricos Pós-Chicago preferem modelo dinâmicos que têm em conta as imperfeições de mercado, forças externas que possam alterar os resultados e o potencial do comportamento estratégico entre os operadores de mercado. A Escola Pós-Chicago entende que os mercados devem ser estudados em maior detalhe para determinar se uma conduta é pró ou anticoncorrencial. Portanto, além de nos focarmos apenas na eficiência alocativa e produtiva, para a Escola Pós-Chicago deveremos também ter em atenção os ganhos de eficiência dinâmicos – isto é,

em língua inglesa vemos que a expressão utilizada é “*consumers*”, pelo que deveremos aceitar esta identidade de conceitos. No mesmo sentido, o Acórdão *GlaxoSmithKline* expressamente considera o bem-estar do consumidor como o objetivo principal do artigo 101 TFUE ao afirmar que essa disposição visa “evitar que as empresas, ao restringirem a concorrência entre elas ou com terceiros, reduzam o bem-estar dos consumidores dos produtos em causa.” ...in Acórdão T- 168/01, *GlaxoSmithKline* [2006], parágrafo 118.

⁵² Ver Townley, C. (2009). *Article 81 EC and Public Policy*. Oxford: Hart Publishing.

futuras melhorias das existentes condições de mercado provocadas por investimentos presentes de inovação⁵³.

Uma outra crítica é que o modelo da Escola de Chicago ignora a importância do comportamento estratégico, isto é, a conduta adotada com o objetivo de reduzir a atratividade das ofertas dos concorrentes. A Escola de Chicago desvalorizava esta componente, contudo o comportamento estratégico pode ser prejudicial quando reduz a atratividade dos concorrentes sem produzir ganhos substanciais em eficiência produtiva para a empresa estratega. Quando o comportamento estratégico prejudicial é bem-sucedido, a empresa estratega ganha lucros de monopólio, e os seus concorrentes (ou potenciais concorrentes) e consumidores suportam os custos⁵⁴.

Além disso, há quem afirme que a Escola de Chicago usa modelos económicos demasiado simplistas, incapazes de refletirem o dinamismo dos mercados. Afirma-se que a Escola de Chicago é demasiado teórica, confiando demasiado na teoria económica, ao invés de factos⁵⁵.

Por fim, muitos comentadores rejeitam a ideia de que a concorrência possa ser apolítica e que o seu único objetivo seja a eficiência económica. Como já foi exposto, a Escola de Chicago visava a eficiência segundo o critério de Pareto, identificando uma medida como eficiente se o ganho total de eficiência por ela originado fosse superior às perdas. Neste sentido, os pensadores da Escola de Chicago argumentavam que não estavam a tomar qualquer posição política sobre a distribuição da riqueza. Os críticos vêm este suposto distanciamento de interesses políticos com ceticismo, e consideram que tal não faz sentido e que, na realidade, consiste numa posição política pró-empresas⁵⁶.

2.5. O Modelo Europeu de Concorrência

Os objetivos a serem tidos em conta na política de concorrência dependerá do que entendermos ser o pensamento concorrencial da UE.

Como vimos, o Direito da Concorrência da UE e respetiva política de concorrência foram influenciados por diversa correntes. Todas as Escola estudadas tiveram influência, em

⁵³ Hildebrand, D. (2009), p. 150-151.

⁵⁴ Hovenkamp, H. J. (1985), p. 261.

⁵⁵ Kingston, S. (2012), p. 36.

⁵⁶ Hovenkamp, H. J. (1985), p. 232.

maior ou menor medida, na construção da Escola Europeia de Concorrência, pelo que não poderemos definir o pensamento concorrencial europeu como uma “monocultura”⁵⁷, sendo este marcado pela diversidade.

Por outro lado, a abordagem económica tem-se tornado cada vez mais evidente, e tem estado subjacente a mais decisões da Comissão e acórdãos do TJUE. A publicação, em 1996, do Livro Verde sobre as Restrições Verticais⁵⁸ marca o início de uma nova abordagem, marcadamente mais económica por parte da Comissão. Contudo não existe evidência de que este é o foco exclusivo do direito da concorrência europeu. Simultaneamente, tem-se posto cada vez mais ênfase na proteção dos consumidores e do seu bem-estar, sendo que o conceito de bem-estar do consumidor adotado pela UE não se confunde com o conceito de bem-estar da Escola de Chicago.

Além disso, afirmaríamos que os objetivos a serem prosseguidos pelo Direito da Concorrência da UE dependem, em larga medida, daquele que entendemos ser o papel do direito da concorrência do seio da UE. Para dar resposta a esta questão, teremos de ter sempre presente o artigo 3.º n.º 3 TUE, que estabelece os objetivos da União e que abrange todas as suas atividades, e afirma que a União se empenha no desenvolvimento sustentável, no pleno emprego e progresso social, no melhoramento da qualidade do ambiente e visa combater a exclusão social e as discriminações, entre outros objetivos. Fazendo uso de um argumento sistemático, que mais adiante iremos explicitar melhor, fica claro que uma abordagem exclusivamente económica deve ser excluída do direito da concorrência europeu.

Neste sentido, e adotando uma abordagem que não é exclusivamente económica, mas que admitimos ter um forte cunho económico, diríamos que o direito europeu da concorrência visa preservar uma concorrência funcional ou efetiva no seio da União, isto é, garantir que a concorrência no mercado interno não seja falseada. Pelo disposto no artigo 3.º TUE tanto o estabelecimento de um mercado interno, como uma concorrência sem distorções, são objetivos da União.

O mercado interno está previsto nos artigos 26.º e 27.º TFUE. O artigo 26.º n.º 2 dispõe que “O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada (...)”.

⁵⁷ Budzinski, O. (2008), p. 295.

⁵⁸ Livro Verde Sobre As Restrições Verticais No Âmbito da Política Comunitária da Concorrência COM (96)721

Este espaço de livre circulação assume no contexto europeu um grande relevo económico, pois “visa possibilitar a movimentação dos fatores de produção para os Estados onde os custos de produção sejam mais baratos, de forma a conseguir uma maior eficiência económica. A mesma pretende estimular a concorrência entre os Estados-Membros e as respetivas regiões, em ordem a aumentar a produtividade e a competitividade europeia no seio da economia global”⁵⁹. Assim sendo, podemos dizer que o direito europeu da concorrência tem dois objetivos essenciais: manutenção de uma concorrência efetiva no mercado e promoção da integração dos Estados-Membros no mercado interno.

O objetivo de integração económica tem uma grande influência das decisões da Comissão relacionadas com a concorrência, e explica a hostilidade que a Comissão demonstra relativamente a acordos ou práticas empresariais que limitam ou impedem as trocas comerciais. No acórdão *Consten & Grunding* o TJUE afirmou que “O Tratado, cujos preâmbulo e texto visam a supressão das barreiras entre os Estados (...), não podia permitir às empresas que recriassem essas barreiras”⁶⁰. No acórdão *VCH* é dito que “um acordo que se estende a todo o território de um Estado-membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado (...)”⁶¹.

Outro exemplo de relevo é o acórdão *GB-Inno-BM v. ATAB*, no qual o tribunal deliberou que embora o artigo 101.º (antes artigo 86.º) seja dirigido às empresas, não é menos verdade que o Tratado impõe aos Estados-Membros que não adotem ou mantenham em vigor medidas suscetíveis de eliminar o efeito útil dessa disposição⁶².

Estas decisões, embora diferentes, revelam que a interpretação teleológica das normas, que garante a efetividade das mesmas, assegura o objetivo de integração económica⁶³.

Quanto ao objetivo económico, o Tratado da União Europeia estabelece como objetivo uma economia altamente competitiva. Contudo, não se encontra referência ao conceito de concorrência que a União adota. Conforme supracitado, o direito da

⁵⁹ Machado, J. E. (2010). *Direito da União Europeia* (1.º ed.). Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, pp., 270-271.

⁶⁰ Acórdão C-56, 58/64, *Consten & Grunding v. Comissão* [1966], p., 431.

⁶¹ Acórdão C-8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v. Comissão* (VCH) [1972], parágrafo 29.

⁶² Acórdão C-13/77 *SA G. B.-Inno-B. M v. Association des détaillants en tabac* (ATAB) [1977], parágrafo 31.

⁶³ Vedder, D. H. (2003), op. cit., p., 91.

concorrência europeu visa uma “concorrência funcional ou efetiva”. É este o conceito de concorrência que, por diversas vezes, foi defendido pelo TJUE⁶⁴.

No acórdão *Metro I* é afirmado que “a condição prevista nos artigos 3.º e 85.º do Tratado CEE de não falsear a concorrência implica a existência no mercado de uma concorrência eficaz (“workable competition”), isto é, de um grau de concorrência necessário para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e alcançados os objetivos do Tratado e, em especial, o estabelecimento de um mercado único que estabeleça condições análogas às de um mercado interno.”⁶⁵.

Este é o conceito de concorrência adotado pela política concorrencial da UE. A manutenção de uma concorrência funcional e sem distorções consubstancia o objetivo económico da política de concorrência da União.

Consequentemente, o artigo 101.º TFUE deverá ser interpretado no sentido de que nem toda e qualquer restrição à concorrência deverá ser proibida, mas apenas aquelas que, como veremos adiante, sejam restrições sensíveis⁶⁶.

⁶⁴ Ver acórdão C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company v. Comissão* (Continental Can), [1973], parágrafo 24-25; Acórdão C- 26/76, *Metro v. Comissão* (Metro I), [1977], parágrafo 20.

⁶⁵ Acórdão 26/76, *Metro v. Comissão* (Metro I), [1977], parágrafo 20.

⁶⁶ Neste sentido, Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*) JO 2001 C 368/07.

3. O âmbito de aplicação das normas europeias da concorrência

Como vimos, as normas de direito da concorrência visam preservar e garantir uma concorrência funcional no seio do mercado interno. Todavia, determinados sectores da economia possuem um regime de exceção relativamente à aplicação destas normas.

Estes regimes especiais existem apenas onde o Tratado prevê e deverão ser interpretados restritivamente.

3.1. Agricultura

As normas de concorrência europeias aplicam-se a toda a cadeia alimentar, desde a produção agrícola até ao retalho. Porém, à produção e ao comércio dos produtos agrícolas as regras da concorrência só são aplicáveis na medida em que tal seja determinado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, tendo em conta os objetivos definidos no art.º 39⁶⁷. Isto é, o legislador decide a extensão da aplicação das regras concorrenciais ao sector agrícola, tendo em conta os da política agrícola comum (objetivos PAC).

As normas concorrenciais para os produtos agrícolas (excluem-se os produtos da pesca⁶⁸) estão estabelecidas no Regulamento (UE) n.º 1308/2013 (Regulamento OCM). Este regulamento estabelece no art.º 206 que as normas concorrenciais da União (artigos 101.º a 106.º) se aplicam à produção ou comércio de produtos agrícolas, sob reserva dos artigos 207.º a 210.º do presente regulamento⁶⁹.

Assim sendo, os artigos 101.º e 102.º do TFUE aplicam-se ao comportamento de empresas e associações de empresas sob a forma de acordos, decisões, práticas ou abuso de uma posição dominante, apenas se forem «suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros».

⁶⁷ Os objetivos enunciados no artigo 39.º são: incrementar a produtividade da agricultura; assegurar um nível de vida equitativo à população agrícola; estabilizar os mercados; garantir a segurança dos abastecimentos; assegurar preços razoáveis nos fornecimentos aos consumidores. Estes objetivos são denominados objetivos PAC (Política Agrícola Comum).

⁶⁸ As normas de concorrência aplicáveis aos produtos da pesca estão previstas no art.º 40 do Regulamento (UE) 1379/2013.

⁶⁹ A exclusão da aplicação das normas concorrenciais à agricultura em determinadas circunstâncias foi originalmente consagrada no Regulamento n.º 26, substituído pelo Regulamento (CE) n.º 1184/2006 do Conselho, por sua vez substituído pelo atual Regulamento (UE) n.º 1308/2013.

O artigo 101.º do TFUE aplica-se, em princípio, a todas as atividades económicas dos produtores e das OP. Uma OP é uma organização de produtores individuais, pelo que se considera que é simultaneamente uma associação de empresas e uma empresa por direito próprio para efeitos da aplicação do direito da concorrência da UE, desde que realize uma atividade económica. Assim, tanto uma OP como os seus membros têm de respeitar as regras da concorrência. Por conseguinte, as regras da concorrência aplicam-se não só aos acordos entre produtores individuais (p. ex., a criação de uma OP e o seu estatuto constitutivo), mas também às decisões tomadas e aos contratos celebrados pela OP.

Como vimos, há possibilidade de haver derrogações das normas concorrenciais. Existem diferentes tipos de derrogações, desde logo, as derrogações setoriais e as derrogações gerais. Os artigos 169.º a 171.º preveem derrogações para os setores do azeite, carne de bovino e certas culturas arvenses. O artigo 149.º prevê uma derrogação para o sector do leite e dos produtos lácteos. Já o artigo 209.º prevê uma derrogação de carácter geral.

Os artigos 169.º, 170.º e 171.º do Regulamento OCM permitem que as OP⁷⁰ e as AOP⁷¹ negociem, em nome dos seus membros, contratos com vista ao fornecimento dos produtos em causa em determinadas condições.

O artigo 169.º, n.º 1, o artigo 170.º, n.º 1, e o artigo 171.º, n.º 1, do Regulamento OCM, determinam o seguinte: “[uma] OP (...) que é reconhecida nos termos do artigo 152.º, n.º 1, e que persegue um ou mais dos objetivos de concentração da oferta, colocação no mercado dos produtos produzidos pelos seus membros e de otimização dos custos de produção, pode negociar em nome dos seu membros, relativamente a parte ou à totalidade da produção agregada dos seus membros, contratos para o fornecimento de (...)” produtos desses setores abrangidos pelas definições previstas nos referidos artigos.

Os artigos 169.º, 170.º e 171.º do Regulamento OCM visam todos os acordos, decisões ou práticas adotados pela OP para negociar contratos de fornecimento em nome dos seus membros. Em especial, o n.º 1 dos artigos 169.º, 170.º e 171.º do Regulamento OCM permite a realização de atividades de fornecimento conjunto, ou seja, venda conjunta e atividades relacionadas com a venda de produtos agrícolas nos setores do azeite, da carne de

⁷⁰ Organização de produtores na aceção do art.º 152 do Regulamento OCM.

⁷¹ Associação de organizações de produtores na aceção do artigo 156.º do Regulamento COM.

bovino e das culturas arvenses por produtores desses produtos agrícolas por intermédio das OP⁷².

O artigo 209.º do Regulamento OCM exclui do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE os acordos, decisões e práticas concertadas relacionados com a produção ou o comércio de produtos agrícolas, caso sejam cumpridas determinadas condições. Uma tal derrogação, ao contrário da contida nos artigos 169.º, 170.º e 171.º do Regulamento OCM, aplica-se a todos os setores agrícolas abrangidos pelo Regulamento COM⁷³.

Os produtores podem beneficiar desta Derrogação Geral em duas situações diferentes. O artigo 101.º, n.º 1, do TFUE não se aplica a acordos, decisões e práticas relacionados com a produção ou o comércio de produtos agrícolas, caso sejam necessários ao cumprimento dos objetivos da PAC enunciados no artigo 39.º do TFUE⁷⁴. Mais ainda, o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE não se aplica a acordos, decisões e práticas concertadas de: produtores, associações de produtores, associações dessas associações, OP reconhecidas ao abrigo do artigo 152.º do Regulamento COM, AOP reconhecidas ao abrigo do artigo 156.º do Regulamento OCM, que digam respeito à produção ou à venda de produtos agrícolas ou à utilização de instalações comuns de armazenamento, tratamento ou transformação de produtos agrícolas, a menos que fiquem comprometidos os objetivos da PAC (artigo 209.º, n.º 1, segundo parágrafo do Regulamento OCM).

A Derrogação Geral (ambas as formas) não é aplicável aos acordos, decisões e práticas concertadas que implicam a obrigação de cobrar um preço idêntico ou que excluem a concorrência.

O TJUE entendeu anteriormente que estas disposições reconhecem a precedência dos objetivos da política agrícola relativamente à concorrência⁷⁵. No acórdão *República Federal da Alemanha v. Conselho da União Europeia*, no parágrafo 61, pode ler-se: “Assim,

⁷² Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação das regras específicas constantes dos artigos 169.º, 170.º e 171.º do regulamento OCM aos setores do azeite, da carne de bovino e das culturas arvenses JO 2015 C 431/01, parágrafos 35-37.

⁷³ Ibid., parágrafo 28.

⁷⁴ A comunicação da Comissão faz ainda referência ao fato de que, neste contexto, segundo o Tribunal de Justiça, ainda que um acordo seja considerado necessário para a realização de um ou mais objetivos da PAC, se não for necessário para realizar outro objetivo (ou, inclusivamente, prejudicar a realização de outros objetivos) não pode ser abrangido pela derrogação (artigo 209.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento OCM) - Comissão Europeia. (22 de Dezembro de 2015), op cit., parágrafo 29 alínea a).

⁷⁵ Acórdãos C-280/93, *República Federal da Alemanha v. Conselho da União Europeia* [1994], parágrafo 61; C-139/79, *Maizena GMBH v. Conselho da União Europeia* [1980], parágrafo 23.

são reconhecidos simultaneamente o primado da política agrícola relativamente aos objetivos do Tratado no domínio da concorrência”.

Resulta que, portanto, os objetivos PAC se sobrepõem aos objetivos da política de concorrência, tendo as normas da concorrência, em determinadas circunstâncias, uma aplicação mitigada no sector da agricultura.

3.2. Transportes

Os transportes, quer por terra, mar ou água, foram, durante muito tempo um sector marcado por limitações na aplicação do direito da concorrência. O Regulamento n.º 141 do Conselho suspendeu temporariamente a aplicação das normas de direito da concorrência ao sector dos transportes⁷⁶. Por força deste regulamento, o Regulamento n.º 17 não se aplica aos acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos transportes que tenham por efeito a fixação dos preços e condições de transporte, a limitação ou o controlo da oferta de transportes ou a repartição dos mercados de transportes, nem às posições dominantes, na aceção do artigo 86 (hoje, artigo 102.º) do Tratado, no mercado dos transportes.

Nos considerandos do regulamento o Conselho distingue entre transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável, transportes marítimos e aéreos. Para aqueles o conselho previa, dentro de um prazo razoável, a adoção de uma regulamentação da concorrência, para estes o Conselho apenas prevê a não aplicação do Regulamento n.º 17.

Com a publicação Regulamento (CEE) n.º 1017/68 consagrou-se um regime para a aplicação de regras da concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável.

Desde logo, declarou-se incompatível com o mercado comum e proibiu-se todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado

⁷⁶ No n.º 1 do Regulamento n.º 141 relativo à não aplicação do Regulamento n.º 17 ao setor dos transportes pode ler-se: “O Regulamento n.º 17 não se aplica aos acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos transportes que tenham por objectivo ou por efeito a fixação de preços e condições de transporte, a limitação ou o controlo da oferta de transportes ou a repartição dos mercados de transporte, nem às posições dominantes, na aceção do artigo 86.º do Tratado , no mercado dos transportes.” Por sua vez, o Regulamento n.º 17º estabelecia a execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (hoje, artigos 101.º e 102.º).

comum (artigo 2.º do Regulamento (CEE) n.º 1017/68)⁷⁷. Contudo, eram ainda estabelecidas exceções nos artigos 3.º, 4.º e 5.º. O art.º 3 estabelecia uma exceção para os acordos, decisões e práticas concertadas que tivessem apenas por objetivo ou efeito a aplicação de melhoramentos técnicos ou a cooperação técnica. Tratava-se, no fundo, de excepcionar aqueles acordos que não lesavam a concorrência.

Já o art.º 5 do regulamento determina a inaplicabilidade da proibição do art.º 2, e poderia ser entendido como um equivalente do n.º 3 do artigo 81.º TCE (hoje art.º 101 TFUE). Porém, há uma diferença que cumpre assinalar. Enquanto o artigo 101.º n.º 3 TFUE exige que se reserve uma parte equitativa do lucro para os consumidores, o artigo 5.º apenas pretende que se tome em consideração os interesses dos utilizadores.

Quanto ao transporte marítimo são de referir os Regulamentos (CEE) n.ºs 4056/86⁷⁸ e 479/92⁷⁹. O Regulamento (CEE) n.º 4056/86 logo no primeiro considerando esclarece que “as regras de concorrência fazem parte das disposições gerais do Tratado que se aplicam igualmente aos transportes marítimos”, terminando, assim, o debate sobre a aplicabilidade das normas da concorrência aos transportes marítimos. O artigo 2.º do presente regulamento era semelhante ao artigo 3.º do Regulamento (CEE) n.º 1017/68, pois tratava de excepcionar aqueles acordos que não lesavam a concorrência. O artigo 3.º previa uma exceção em bloco para os acordos entre transportadores relativos à exploração de serviços regulares de transportes marítimos que tivessem por objetivo a fixação de preços e de condições de transporte. O artigo 7.º n.º 2 visava assegurar que os acordos isentados não tinham efeitos incompatíveis com o n.º 3 do artigo 85.º (hoje n.º 3 do art.º 101). Já o Regulamento (CEE) n.º 479/92 relativamente aos consórcios marítimos fazia depender a isenção de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º (hoje n.º 1 do art.º 101) do cumprimento dos requisitos do n.º 3 do artigo 85.º.

⁷⁷ Aqui incluem-se todos os acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que visem: fixar, de forma direta ou indireta, os preços e condições de transporte ou outras condições de transação; limitar ou controlar a oferta de transportes, os mercados, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; repartir os mercados de transportes; aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os por esse facto em desvantagem na concorrência; subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com a prestação do serviço de transporte.

⁷⁸ Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho de 22 de dezembro de 1986 que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, JO 1986 L 378/4.

⁷⁹ Regulamento (CEE) n.º 479/92 do Conselho de 25 de fevereiro de 1992 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios), JO 1992 L 55/3.

De seguida, relativamente ao transporte aéreo, o Regulamento (CEE) n.º 3975/87⁸⁰ criava uma exceção para os acordos de aperfeiçoamento ou cooperação técnica. A exceção era semelhante às dos regulamentos anteriores, exceto no facto da lista deste último regulamento não ser exaustiva.

Posteriormente, o Regulamento (CE) n.º 1/2003⁸¹ relativo à execução dos artigos 81.º e 82.º (hoje artigos 101.º e 102.º) veio introduzir alterações nos regulamentos dos transportes. Os artigos 36.º a 46.º alteram e revogam diversas disposições relevantes para o sector dos transportes⁸².

Com o Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho⁸³ estendeu-se o âmbito de aplicação das normas concorrenciais aos serviços internacionais de cabotagem e de *tramp* e revogou-se o Regulamento (CEE) n.º 4056/86.

Em 2009 entrou em vigor o Regulamento (CEE) n.º 246/2009⁸⁴, que veio substituir o Regulamento (CEE) n.º 479/92 do Conselho, relativo à aplicação do n.º 3 do art.º 81 (hoje, n.º 3 do art.º 101) aos consórcios marítimos. Na sequência deste regulamento que habilita a Comissão a aplicar o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (hoje, n.º 3 do art.º 101), através de um regulamento, a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos no que diz respeito à exploração em comum de serviços regulares de transporte marítimo (consórcios), a Comissão adotou o Regulamento (CE) n.º 823/2000 da Comissão, cuja vigência terminou em 25 de Abril de 2010. Na sequência disto, a Comissão veio adotar o Regulamento (CE) N.º 906/2009⁸⁵, cuja vigência

⁸⁰ Regulamento (CEE) n.º 3975/87 do Conselho de 14 de dezembro de 1987 que estabelece o procedimento relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas do sector dos transportes aéreos, JO 1987 L 374/1.

⁸¹ Regulamento (CEE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

⁸² O artigo 43.º n.º 2 do Regulamento (CEE) 1/2003 revogou o Regulamento n.º 141 de 1962. O art.º 36 alterou o Regulamento (CEE) n.º 1017/68, tendo os artigos 2.º e 5.º a 29.º sido revogados. Ainda, o art.º 3 do Regulamento (CEE) 1017/68 foi alterado de modo a referir-se diretamente ao art.º 81 n.º 1 do Tratado (hoje, art.º 101 n.º 1). De seguida temos as alterações ao Regulamento (CEE) n.º 4056/86 e Regulamento (CEE) n.º 3975/87 nos artigos 38.º e 39.º, respetivamente, que não se afiguram como relevantes neste contexto.

⁸³ Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho, de 25 de setembro de 2006, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 4056/86, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, e que altera o Regulamento (CE) n.º 1/2003 por forma a tornar o seu âmbito de aplicação extensível aos serviços internacionais de cabotagem e de *tramp*, JO 2006 L 269/1.

⁸⁴ Regulamento (CE) n.º 246/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios), JO 2009 L 79/1.

⁸⁵ Regulamento (CE) n.º 906/2009, de 28 de setembro de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios), JO 2009 L 256/31.

foi prolongada até 25 de Abril de 2020, mediante o Regulamento (UE) n.º 697/2014 da Comissão.

Hoje, portanto, as regras da concorrência têm uma aplicação plena aos transportes, porém não poderemos deixar de notar que durante algum tempo existiu uma política sectorial que determinou uma aplicação mitigada destas normas a este sector.

3.3. Defesa

Não se trata de uma verdadeira exceção sectorial, mas não deixa de ser digno de nota. O artigo 346.º TFUE derroga a aplicação das normas concorrenciais no que toca a medidas que os Estados considerem “necessárias à proteção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra”. Os bens militares não estão, por si mesmos, excecionados do n.º 1 do art.º 10, mas apenas na medida do necessário à proteção da segurança e desde que as condições de concorrência no mercado interno se mantenham “no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares” (2.º parte do art.º 346 n.º 1 al.b) TFUE).

O art.º 348 prevê que a Comissão, juntamente com o Estado interessado, caso as medidas previstas nos artigos 346.º e 347.º tiverem por efeito falsear a concorrência no mercado interno, analise como é que as medidas adotadas na prossecução do art.º 346 podem ser adaptadas às disposições constantes dos Tratados.

De referir que esta exceção não se aplica ao chamado “material de uso duplo”, isto é, material suscetível de ser usado quer para fins militares, quer para fins civis. Resulta do caso *French State/Suralmo*⁸⁶ o ceticismo da Comissão relativamente à caracterização militar dos materiais de uso duplo. Quando um produto não seja primariamente destinado a uso militar, deverá ser submetido às normais regras da concorrência.

⁸⁶ Comissão Europeia. (1979). *Ninth Report on Competition Policy*.

4. Os acordos ambientais como instrumento de política ambiental⁸⁷

Embora não haja uma definição de “acordo ambiental” universalmente reconhecida, a Comissão na comunicação de 2002 sobre acordos ambientais⁸⁸ definiu-os como “acordos nos termos dos quais as partes interessadas se comprometem a obter uma redução da poluição, na aceção da legislação em matéria de ambiente, ou a alcançar os objetivos ambientais previstos no artigo 174.º do Tratado⁸⁹”.

Os acordos ambientais podem ter diversas origens. Desde logo, podem advir de decisões espontâneas tomadas pelas partes interessadas numa vasta gama de domínios relativamente aos quais a Comissão não propôs legislação nem manifestou a intenção de o fazer. Podem ainda constituir uma resposta das partes interessadas à intenção de legislar expressa pela Comissão. Por fim, podem ser da iniciativa da própria Comissão⁹⁰.

Estes acordos assumem atualmente especial relevância, pois contribuem para a prossecução dos objetivos da política ambiental, desempenhando um importante papel de complemento de outros instrumentos políticos, nomeadamente da legislação⁹¹.

Seguindo a sistematização da Comunicação sobre os Acordos Ambientais de 2002, podemos agrupá-los em duas grandes categorias: acordos de autorregulação e acordos de co-regulação⁹².

⁸⁷ Existem muitos outros instrumentos de política ambiental, mas que não constituem o foco da nossa investigação. Além da regulação direta, que continua a ser o principal instrumento de política ambiental na UE, temos também os instrumentos de mercado. Entre os principais instrumentos de mercado de política ambiental encontram-se os auxílios de Estado, o comércio de licenças de emissão de gases com efeito estufa, a chamada fiscalidade verde, por meio de taxas e impostos, e iniciativas ambientais voluntárias, entre elas os acordos ambientais, mas não só. Os instrumentos de mercado começaram a ser usados nos anos 90 e visam influenciar o comportamento das empresas no sentido de adotarem condutas que permitam melhores resultados ambientais.

Entre as diversas iniciativas voluntárias, além dos acordos ambientais que constituem o cerne da nossa pesquisa, podemos mencionar códigos de conduta ambiental, sistemas de gestão ambiental e os rótulos ecológicos, de entre os quais podemos referir o rótulo ecológico europeu (Eco-label).

⁸⁸ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social e ao Comité das Regiões – Acordos Ambientais concluídos a nível comunitário no âmbito do Plano de Acção “Simplificar e melhorar o ambiente regulador” COM (2002) 412 final

⁸⁹ Hoje, artigo 191.º TFUE.

⁹⁰ Comunicação da Comissão sobre os Acordos Ambientais COM (2002) 412 final, p. 3.

⁹¹ *Ibid.*, p. 4.

⁹² Adotamos esta sistematização por ela resultar de uma comunicação da Comissão Europeia, no entanto, é de referir que há autores que mencionam outras categorias de contratos, nomeadamente, compromissos unilaterais, programas públicos voluntários e acordos. Os compromissos unilaterais consistem em programas, desenvolvidos pelas próprias empresas (ou pelas associações representantes da indústria), com o objetivo de conseguir melhorias na performance ambiental. Os programas públicos voluntários são estabelecidos por entidades públicas que definem determinados critérios de performance e respetivas condições de participação. As empresas são livres de aderir ou não ao programa. Por fim, os acordos poderão ser contratos no sentido

Os acordos de autorregulação são postos em prática pelos próprios agentes económicos, parceiros sociais, ONG e grupos organizados entre si, numa base voluntária, para regular e organizar as atividades respetivas. A auto-regulação não envolve um ato legislativo, e é geralmente da iniciativa das partes interessadas⁹³. Estes acordos de autorregulação podem assumir a forma de acordos vinculativos ou de acordos de cavalheiros.

Quanto à co-regulação, os acordos ambientais são concluídos no âmbito de um ato legislativo, isto é, de uma forma vinculativa e formal no contexto da regulamentação. Neste contexto, o legislador estabelece os aspetos essenciais da legislação: objetivos a alcançar, prazos limite e mecanismos relativos à sua aplicação, métodos de vigilância da aplicação da legislação e quaisquer sanções necessárias para garantir a segurança jurídica da legislação. A co-regulação pode, portanto, oferecer as vantagens dos acordos ambientais com as garantias jurídicas inerentes à abordagem legislativa⁹⁴.

Os acordos ambientais oferecem vantagens diversas, nomeadamente a obtenção de consensos, partilha mais alargada da informação, maior sensibilização das empresas e melhoria da gestão ambiental das mesmas. Além disso, são atrativos porque oferecem às empresas maior flexibilidade na definição das medidas de ajuste e permite uma distribuição das mesmas pelas empresas participantes. Mais ainda, o facto de a indústria estar envolvida na determinação dos objetivos fomenta a *compliance*, e podem abranger partes da economia que a regulação direta não atingiria. Outra vantagem desta forma de autorregulação é que o Estado continua a poder exercer uma certa influência na resolução ou antecipação dos problemas ambientais⁹⁵.

Os críticos dos acordos ambientais recusam que estes constituam um mecanismo alternativo de política ambiental. Defendem que quando estes são usados em substituição de regulamentação implicam a negociação de objetivos e como tal não são um bom instrumento pois não serão tão ambiciosos. Eventualmente a indústria usá-los-á para evitar, ou adiar, compromissos ambientais. Além disso, não seriam uma alternativa pois ao complementarem

formal, celebrados entre a indústria e as autoridades públicas, com o fim de resolver ou minorar determinados problemas ambientais, e como tal, serão vinculativos, ou, meros acordos de cavalheiros, mais flexíveis e não vinculativos.

Existem autores que falam ainda em acordos ambientais complementares, na medida em que servem de suporte aos esforços governamentais existentes, complementam os esforços já existentes e permitem aspirar à prossecução de objetivos ambientais mais ambiciosos do que aos estabelecidos nas diferentes regulações.

⁹³ Comunicação da Comissão sobre os Acordos Ambientais COM (2002) 412 final, p. 7.

⁹⁴ Ibid, p.8.

⁹⁵ Reh binder, E. (1997). Environmental Agreements - a New Instrument of Environmental Policy. *Environmental Policy and Law*(27), 258-269, p. 259.

a regulação administrativa ou económica, ou, onde o consenso sobre um determinado acordo depende da ameaça de futura regulação administrativa ou de imposição de taxas, normalmente não há margem política porque a regulação administrativa e económica não consegue vetar o poder dos grupos de interesse⁹⁶.

Essencial para o sucesso deste instrumento é a existência de mecanismos de monitorização e reportação, dando assim, às autoridades públicas a segurança de que o acordo é eficaz, bem como penalizações em caso de não-*compliance* e a ameaça de regulação direta. Estas previsões são uma resposta às fraquezas que um acordo não vinculativo tem, embora possam também estar presentes em acordos vinculativos.

Em Portugal, aquando da adesão à União Europeia, a consciência ambiental não era muita, as medidas de prevenção ambiental eram poucas e estas não constituíam uma prioridade à época, pelo que a não *compliance* era comum. Foi exigido pela UE que o país elevasse a fasquia das suas regulações e que criasse mecanismos que permitissem a efetiva aplicação das mesmas. Dada a discrepância entre as regulações existentes e aquilo que era exigido, foi necessário pensar noutros instrumentos de política ambiental para auxiliar nesta tarefa. O primeiro acordo ambiental em Portugal foi o Acordo da Pasta de Papel e cumpriu uma função transitória que permitiu ao país ganhar tempo e maturidade para construir um enquadramento legal ambiental mais ambicioso⁹⁷.

Todavia, apesar das vantagens que estes acordos propiciam, também levantam algumas preocupações, desde logo preocupações concorrenciais. De facto, estes acordos podem permitir a fixação de preços, a introdução de novos produtos, ou impedir a inovação. Os acordos ambientais podem ainda criar barreiras à entrada no mercado, na medida em que as empresas podem acordar determinados requisitos mínimos de operabilidade no mercado, requisitos, esses, de difícil persecução para novos operadores.

⁹⁶ Ibid, p.259.

⁹⁷ Kerret, D., & Tal, A. (2005). Greenwash or Green Gain? Predicting the success and Evaluating the Effectiveness of Environmental Voluntary Agreements. *Penn State Environmental Law Review*, 14(84), 31-84, pp. 50-51. Para mais informação sobre os primórdios dos acordos ambientais em Portugal ler European Environment Agency. (1997). *Environmental Agreements Environmental Effectiveness - Case Studies, Environmental Issues Series N.º 3(2)*. Obtido em 20 de 02 de 2018, de <https://www.eea.europa.eu/publications/92-9167-052-9-Vol2>, p. 77.

Para mais informação sobre os acordos ambientais em Portugal ver Cabugueira, M. F. (2005). Environmental Voluntary Agreements in Portugal: Characterisation and implementation. Em E. Croci (Ed.), *The Handbook of Environmental Voluntary Agreements: Design, Implementation and Evaluation Issues* (pp. 203-219). Dordrecht: Springer.

Ora, quando tal aconteça desencadeia-se a aplicação do direito da concorrência europeu, nomeadamente os artigos 101.º e 102.º TFUE. O que iremos ver adiante é se e como é possível ter em consideração os fatores ambientais na aplicação do artigo 101.º TFUE a tais acordos.

5. Relevância das considerações ambientais no art.º 101 TFUE⁹⁸

5.1. Argumento sistemático⁹⁹

5.1.1. O desenvolvimento sustentável e o princípio da integração ambiental

O princípio da integração ambiental, consagrado no artigo 11.º TFUE (antes artigo 6.º TCE)¹⁰⁰, estabelece que “as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da Comunidade (...), em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável”. O princípio da integração impõe uma obrigação concreta a todos aqueles que implementam e definem as políticas e atividades da União, na medida em que deverão nelas integrar as exigências de proteção ambiental.

O artigo 11.º TFUE visa o fortalecimento da proteção ambiental enquanto um objetivo geral do direito da União Europeia. O direito da União Europeia (UE) pode e deve ser interpretado à luz dos objetivos de proteção ambiental da UE, mesmo em áreas fora do campo ambiental.

O princípio da integração ambiental está ligado ao objetivo mais amplo de desenvolvimento sustentável do artigo 3.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia (TUE). Com o Tratado de Lisboa, o artigo 3.º do TUE dispõe que a União “(...) empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e

⁹⁸ Daqui em diante seguiremos muito de perto o trabalho de investigação realizado no âmbito da unidade curricular de Direito da Concorrência no ano letivo 2016/1017.

⁹⁹ Iremos em seguida estudar três argumentos avançados por Suzanne Kingston como fundamento para integrar as considerações ambientais na análise dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Esses argumentos são o argumento sistemático, de boa governança e o argumento económico.

¹⁰⁰ O princípio da integração ambiental também se encontra plasmado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no artigo 37.º onde se estabelece que “Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”.

na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente (..)". O objetivo do desenvolvimento sustentável refere-se à necessidade de levar a cabo uma análise dos efeitos económicos, sociais e ambientais de todas as políticas de forma coordenada¹⁰¹.

A importância do princípio da integração ambiental é reafirmada no 7.º Programa de Ação para o Ambiente da União Europeia¹⁰². É realçada a importância da integração ambiental em todos os domínios de intervenção pertinentes, pois esta é “essencial a fim de reduzir as pressões sobre o ambiente, resultantes das políticas e atividades de outros setores, e para cumprir as metas relativas ao ambiente e ao clima”¹⁰³.

A consagração do princípio da integração ambiental no artigo 11.º TFUE reforçou a relevância do desenvolvimento sustentável como objetivo primordial. O Tratado de Lisboa enfatiza a posição do desenvolvimento sustentável, quer na Europa, quer a nível global: “Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a proteção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a proteção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas”¹⁰⁴.

Isto é também sublinhado no artigo referente à ação externa da UE, no qual a mesma expressa a sua vontade de “apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objetivo erradicar a pobreza” e “contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável”¹⁰⁵.

¹⁰¹ Wiesbrock, A., & Sjaafjell, B. (2015). The importance of article 11 TFUE for regulating business in the EU: securing the very basis of our existence. Em A. Wiesbrock, B. Sjaafjell, J. Nowag, C. Voigt, C. Villiers, J. Mahonen, . . . J. Rosenqvist, *The greening of European business under EU Law*. Routledge., p. 2.

¹⁰² Adotado pela Decisão 1386/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 2013, relativa a um programa geral de ação da União para 2020 em matéria de ambiente «Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta».

¹⁰³ Ibid., considerando 29.

¹⁰⁴ Artigo 3.º, n.º 5 TUE.

¹⁰⁵ Artigo 21.º, n.º 2 al. d) e f) TEU.

A integração ambiental é essencial na implementação do conceito de sustentabilidade e para promover a transição para um desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável só será atingido quando as considerações ambientais forem integradas noutras políticas.

A abordagem holística do artigo 11.º TFUE não permite deixar de fora do objetivo de integração ambiental as empresas e as suas respetivas atividades.

O princípio da integração ambiental, deve ser lido, ainda, em conjugação com o artigo 7.º TFEU que assegura harmonia entre as diferentes políticas e ações da União.

Além destas disposições, a Carta de direitos fundamentais da União Europeia, no seu artigo 37.º, com a epígrafe “Proteção ambiental”, estabelece que “todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”. Isto ganha um valor acrescentado com o artigo 6.º TUE, no qual se estabelece que “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...) e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

Por fim, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no seu artigo 191.º, estabelece que “a política da União no domínio do ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado”¹⁰⁶.

A questão seguinte é saber o que é que exatamente deve ser integrado. Logicamente referimo-nos aos objetivos do artigo 191.º n.º 1 TFUE, mas também aos do n.º 2 do mesmo artigo, que inclui os princípios da precaução e da prevenção. Quanto ao n.º 3, não devemos

¹⁰⁶ A nível político, no seio da União Europeia, o princípio da integração tem recebido bastante atenção desde a sua colocação da Parte I do Tratado. No Conselho Europeu de Cardiff, em 1998, as diversas formações do Conselho foram instadas a estabelecer as suas próprias estratégias para pôr em prática a integração ambiental e o desenvolvimento sustentável nas respetivas áreas políticas, a começar pelos Conselhos “Transporte”, “Energia” e “Agricultura”. Ver *Conselho Europeu de Cardiff, 15 e 16 de Junho de 1998, Conclusões da Presidência*. (02 de Março de 2018). Obtido de Parlamento Europeu: http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_pt.htm.

Em 2004 a Comissão decidiu realizar um balanço anual da integração ambiental, como um complemento para a análise da política de ambiente. Ver Documento de Trabalho da Comissão, *Integração das considerações ambientais em políticas noutros domínios – balanço do processo de Cardiff*, COM (2004) 394 final.

Além disso, o princípio da integração tem vindo a ser refletido em diversas políticas adotadas recentemente, como por exemplo: a partir de 1 de Janeiro de 2005, no âmbito da PAC, os subsídios passaram a ser pagos aos agricultores em função da sua contribuição para a melhoria de diferentes fatores, entre eles, o ambiente (ver Comissão – Comunicado de Imprensa IP/04/1540 de 23 de dezembro de 2004); introdução de metas no domínio da “tecnologia verde” (ver Comissão – Comunicado de Imprensa IP/09/369 de 9 de março de 2009); o uso de instrumentos de mercado na política ambiental europeia (ver Livro Verde sobre instrumentos de mercado para fins da política ambiental e de políticas conexas COM (2007) 140 final) e adoção das Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2010 COM (2014) C 200/01. Ver Kingston, S. (2012), p. 111.

excluir os aspetos aí mencionados, contudo não se estabelece que esses aspetos devam ser integrados, mas apenas tidos em conta¹⁰⁷.

Mas quais as implicações do princípio da integração ambiental?

Parece que até hoje as implicações da integração ambiental são, essencialmente, procedimentais, isto é, o legislador europeu é obrigado a demonstrar, mediante avaliações de impacto, que tiveram em consideração a sustentabilidade das suas propostas, e se as mesmas se coadunam com a integração ambiental¹⁰⁸. Ter-se-á de ter em conta a necessidade de proteção e integração ambiental na definição e implementação das diversas políticas da União.

Todavia, interessa-nos saber qual o caminho a seguir em caso de conflito entre os objetivos ambientais e outros objetivos da União. O princípio da integração ambiental não parece dar resposta a este problema pois, como vimos, ele limita-se a assegurar que a proteção ambiental é tida em conta, não estabelecendo qualquer prioridade das considerações ambientais relativamente a outros objetivos da União¹⁰⁹.

Em caso de um conflito insuperável entre dois objetivos da União, parece que a solução deverá ser encontrada no princípio de proporcionalidade¹¹⁰, plasmado no artigo 5.º TEU¹¹¹. Por força deste princípio, a atuação da UE deve limitar-se ao que é necessário para atingir os objetivos dos Tratados.

Ora, na fórmula antes usada pelo Tribunal de Justiça, uma medida será proporcional quando: for apta à prossecução de um fim legítimo do tratado; for a medida menos restritiva possível dos objetivos em conflito; a medida não tem efeitos excessivos noutros interesses.

Obviamente, não nos poderemos esquecer que o legislador europeu está sempre limitado pela letra dos Tratados, o que significa que, quando o tratado claramente não permitir uma solução mais “verde”, o legislador não a poderá ter como opção¹¹².

¹⁰⁷ Jans, J. H. (2011). Stop the Integration Principle? *Fordham International Law Journal*, 33(5), 1533-2010, p. 1542.

¹⁰⁸ Neste sentido, Jans, J. H., & Vedder, H. H. (2012). *European Environmental Law After Lisbon* (4.º ed.). Groningen: Europa Law Publishing, p.23 e Kingston, S. (2012). *Greening EU Competition Law and Policy* (1.ª ed.). Cambridge University Press, p. 112.

¹⁰⁹ Neste sentido, Jans, J. H. (2011). Stop the Integration Principle? *Fordham International Law Journal*, 33(5), 1533-2010, p. 1542.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Os critérios de aplicação do princípio de proporcionalidade estão expostos no protocolo (n. º2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo aos Tratados.

¹¹² Kingston, S. (2012), p.115.

Sintetizando o que foi dito, quando as considerações ambientais forem relevantes para um determinado caso, elas deverão ser tidas em conta. Quando não houver espaço para interpretar as disposições de concorrência numa forma que favoreça a proteção ambiental, o princípio da integração ambiental não é relevante. Quando for possível interpretar as disposições de concorrência numa forma que favoreça a proteção ambiental e não haja conflito com os objetivos concorrenciais, então dever-se-á interpretar essas disposições de acordo com a integração ambiental. Por fim, quando for possível interpretar as disposições de concorrência numa forma que favoreça a proteção ambiental e houver um conflito com os objetivos concorrenciais, dever-se-á aplicar o princípio de proporcionalidade.¹¹³⁻¹¹⁴

¹¹³ Ibid, pp. 116-117.

¹¹⁴ Contudo, Suzanne Kingston faz um aviso pertinente: *There is a risk that, rather than achieving the integration of environmental interests into other policies, the principle may be used to integrate business and other non-environmental interests into environmental policies*. Kingston, S. (2012), p. 111.

A autora avança com outro argumento sistemático que iremos expor sucintamente. A autora defende que existe um paralelismo entre as normas de direito da concorrência e as normas que regulam a livre circulação de mercadorias no mercado interno, e que estes dois blocos de normas deverão ser interpretados à luz da sua ligação funcional e não de forma isolada.

Ora, a proteção ambiental é uma justificação válida para os Estados-Membros restringirem a livre circulação de mercadorias (conforme os artigos 34.º e 36.º TFUE), o que, na opinião da autora, significaria que, em princípio, a mesma justificação poderia ser usada para permitir a restrição da concorrência. Mais desenvolvidamente em Kingston, S. (2012), pp.119-124.

Ilustrativos são os casos levados ao TJUE, Acórdão C-302/86, *Comission v. Denmark* [1988] e Acórdão C-120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung Für Branntwein* [1979]. No primeiro caso, conhecido como *Danish Bottles*, estava em causa a obrigação, imposta aos produtores, de comercializar a cerveja e os refrigerantes unicamente em embalagens suscetíveis de ser reutilizadas. Estas embalagens deveriam ser aprovadas pela Agência Nacional para a Proteção do Ambiente, que poderia recusar a aprovação de um novo tipo de embalagem, nomeadamente no caso de considerar que esta não seria tecnicamente adaptada a um sistema de recuperação, que o sistema de recuperação previsto pelos interessados não garantia o reemprego efetivo de uma percentagem suficiente de embalagens, ou se tiver sido aprovada uma embalagem de igual volume acessível e adaptada à mesma utilização. A questão central era saber se o governo Dinamarquês poderia invocar a necessidade de proteção do ambiente para justificar a restrição à circulação de mercadorias. Para tal, as medidas adotadas com vista a salvaguardar o ambiente não deveriam «ultrapassar as restrições inevitáveis, justificadas pela prossecução do objetivo geral que é a proteção do ambiente» e dever-se-ia verificar se todas as limitações que a regulamentação em litígio impunha à livre circulação das mercadorias eram necessárias para atingir os objetivos prosseguidos pela regulamentação (parágrafos 11-12).

Nas Conclusões do Advogado-Geral, Slynn defende que “as medidas nacionais tomadas para proteção do ambiente são suscetíveis de constituir «exigências imperativas» que o acórdão no processo «Cassis de Dijon» reconhece limitarem a aplicação do artigo 30.º do Tratado na ausência de disposições comunitárias” (p. 4622). No segundo caso, conhecido por *Cassis de Dijon*, foi decidido que as disparidades entre legislações nacionais relativas à comercialização dos produtos em causa devem ser aceites na medida em que tais medidas possam ser consideradas necessárias para a satisfação de exigências imperativas atinentes, designadamente, à eficácia dos controlos fiscais, à proteção da saúde pública, à lealdade das transações comerciais e à defesa dos consumidores.

5.2. Argumento de Boa Governança

Este segundo argumento adota, ao contrário do argumento sistemático, uma perspectiva não legalista. O conceito de governança é de difícil definição, mas a Comissão no Livro Branco da Governança Europeia¹¹⁵ definiu governança como “o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia”¹¹⁶. Esta definição proposta pela Comissão diz respeito à forma como a União utiliza os poderes que lhe foram conferidos pelos seus cidadãos¹¹⁷.

O objetivo da reforma operada pelo Livro Branco da Governança Europeia é abrir o processo de elaboração das políticas para reforçar a participação e a responsabilização. Uma melhor utilização dos poderes deverá aproximar a União dos seus cidadãos e reforçar a eficácia das políticas¹¹⁸.

Nesse documento a Comissão prevê cinco princípios nos quais se devem basear a governança: abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência. O princípio da abertura significa que as instituições deverão adotar uma estratégia de comunicação ativa, devendo utilizar uma linguagem acessível e facilmente compreensível; a participação visa assegurar um amplo envolvimento em toda a cadeia política, desde a conceção até à execução, garantindo assim a qualidade, pertinência e eficácia das políticas da União Europeia; a responsabilização implica que cada instituição da União Europeia deverá explicar a sua ação na Europa e assumir as responsabilidades correspondentes; a eficácia requer que as políticas sejam eficazes e oportunas, dando resposta às necessidades com base em objetivos claros, na avaliação do seu impacto futuro e, quando possível, na experiência anterior; por fim, a coerência necessita que as políticas e ações da União transversais a diversas políticas sejam executadas de modo a garantir uma abordagem comum e coerente no âmbito de um sistema complexo¹¹⁹.

O princípio de coerência é de especial pertinência na matéria da boa governança ambiental. Este princípio sublinha a necessidade de uma consistência global nas diversas

¹¹⁵ Governança Europeia - Um livro branco COM/2001/0428 final.

¹¹⁶ Ibid, p. 5.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid, pp. 7-8.

políticas sectoriais, garantindo não só a eficácia das políticas, mas também a fácil compreensão das mesmas, assim permitindo o envolvimento da sociedade civil¹²⁰.

No livro Branco da Governança Europeia a Comissão admite que existe uma “compartimentação das políticas de carácter sectorial, atribuindo-lhes diferentes objetivos e diferentes instrumentos: ao longo do tempo, a capacidade para garantir a coerência da ação da União tem vindo a diminuir”¹²¹. A prossecução dessa coerência implica “uma liderança política e uma forte responsabilidade por parte das instituições, para garantir uma abordagem comum e coerente no âmbito de um sistema complexo”¹²².

O princípio de coerência mais não é se não o reflexo do já estudado princípio da integração ambiental e o objetivo do desenvolvimento sustentável.

Com o Tratado de Lisboa estes princípios de boa governança foram reafirmados no título “Disposições Relativas aos Princípios Democráticos”. No artigo 10.º n.º 3 TEU estabelece-se um processo de tomada de decisões aberto aos cidadãos, o artigo 11.º n.º 2 TEU prevê um diálogo aberto e transparente com as associações representativas e com a sociedade civil e o artigo 11.º n.º 3 TEU assegura consultas às partes interessadas, o que reforça os princípios da abertura e da transparência. Quanto ao princípio da participação, o artigo 10.º n.º 3 TEU prevê o direito dos cidadãos participarem na vida democrática da União, o artigo 11.º n.º 1 TEU afirma a possibilidade dos cidadãos e associações representativas expressarem os seus pontos de vista, o n.º 2 do mesmo artigo estabelece um diálogo aberto e transparente com as associações representativas e a sociedade civil, o n.º 4 consagra o direito de livre iniciativa dos cidadãos e o artigo 12.º visa a contribuição dos parlamentos nacionais para o bom funcionamento da União. Relativamente ao princípio da responsabilidade, no artigo 10.º n.º 2 TEU afirma a responsabilidade democrática dos Chefes de Estado e Governos perante os Parlamentos nacionais e perante os seus cidadãos. Por fim, relembramos que o artigo 7.º TFEU prevê a coerência entre as diferentes políticas e ações da União, não como um mero objetivo, mas como uma obrigação¹²³. O imperativo da coerência é ainda reforçado no n.º 3 do artigo 11.º TEU, onde se pode ler: “A fim de assegurar

¹²⁰ Heldeweg, M. A. (2004). Good Environmental Governance in the EU: Lessons From Work in Progress? *CES Working Paper 4/04, University of Twente*, p. 7.

¹²¹ Governança Europeia - Um livro branco, p. 23.

¹²² Ibid, p. 8.

¹²³ Kingston, S. (2012), p. 131.

a coerência e a transparência das ações da União, a Comissão Europeia procede a amplas consultas às partes interessadas.”

Existem outros princípios de integração que sublinham a necessidade de coerência noutras áreas da União, nomeadamente no que diz respeito à igualdade de género¹²⁴, empregabilidade e proteção social¹²⁵, defesa dos consumidores¹²⁶ e proteção dos animais¹²⁷. Contudo, o princípio da integração com mais impacto é o princípio da integração ambiental consagrado no artigo 11.º TFEU de que já falamos. De uma perspetiva de governança, parece que estas disposições, mais uma vez, implicam uma obrigação legal de uma atitude coerente, relativamente à integração ambiental em todas as políticas e atividades da União.

A questão que se segue é saber qual a influência que este princípio de coerência tem dentro dos Tribunais da UE, da Comissão e dos tribunais nacionais e autoridades nacionais da concorrência.

5.2.1. Os tribunais da UE

Segundo Dworkin¹²⁸ o princípio de coerência impõe que os juízes identifiquem os direitos e deveres legais, tanto quanto possível, na assunção de que foram criados pelo mesmo autor (a personificação da comunidade), expressando uma conceção coerente de justiça.

Bengoetxea, MacCormick e Morel Soriano argumentam que a coerência no sistema legal é uma componente essencial do *rule of law*, que significa que as diferentes partes de um sistema jurídico deverão fazer sentido como um todo¹²⁹. Morel Soriano entende que a coerência promove a previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, a segurança jurídica¹³⁰.

Obviamente que estas teorias da coerência deverão aplicar-se à interpretação e aplicação do ordenamento jurídico da UE por parte do TJUE. As fontes de indeterminação

¹²⁴ Artigo 8.º TFUE.

¹²⁵ Artigo 9.º TFUE.

¹²⁶ Artigo 12.º TFUE.

¹²⁷ Artigo 13.º TFUE.

¹²⁸ Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana *apud* Kingston, S. (2012), p. 133.

¹²⁹ Ver Bengoetxea, MacCormick e Soriano, “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice” in Gráinne de Búrca, J. H. (Ed.). (2001). *The European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, p. 47.

¹³⁰ Ver Soriano, L. M. (2003). A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*, 16(n.º 3), 296-323, p. 299.

e incerteza no direito da UE são diversas e os juízes deverão esforçar-se para manter a coerência do sistema jurídico, na medida em que a abertura das normas o permitam. Inevitavelmente, o raciocínio judicial coerente irá depender da própria conceção de valores inerentes ao sistema jurídico europeu adotados pelos juízes. Podemos presumir, que à luz do que são os objetivos atuais da UE, e daquilo que a mesma enquanto Comunidade se propõe a realizar, que entre esses valores se incluem o objetivo do desenvolvimento sustentável¹³¹ e do elevado nível de proteção ambiental, e que o artigo 11º TFEU apenas vem confirmar isso mesmo¹³².

Como exemplo de uma abordagem coerente no que diz respeito a questões ambientais podemos referir o caso *Walloon Waste*¹³³. O problema colocou-se quando o executivo regional da Valónia decidiu proibir o armazenamento, depósito ou vazamento de resíduos provenientes de um Estado estrangeiro. O objetivo desta medida era proteger a região da massiva importação de resíduos, que constituía um perigo real para o ambiente, tendo em conta as limitadas capacidades desta região¹³⁴. Contudo, a Comissão entendeu que a regulamentação belga era contrária aos artigos 28.º e 30.º TCE (hoje artigos 34.º e 36.º TFUE).

Em primeiro lugar, o TJUE entendeu que os resíduos devem ser considerados como produtos para efeitos do artigo 30.º do Tratado (hoje artigo 36.º TFUE), independentemente de serem ou não recicláveis. Em segundo lugar, as exigências imperativas respeitantes à proteção do ambiente justificavam as medidas tomadas¹³⁵. Em terceiro lugar, entendeu o Tribunal que as exigências imperativas só de considerar quando se trate de medidas indistintamente aplicáveis aos produtos nacionais e aos importados¹³⁶. Finalmente, embora a regulamentação belga discrimine entre resíduos nacionais e importados o TJUE não conclui que a medida fosse discriminatória¹³⁷.

Aqui o Tribunal teve em consideração outros princípios pertinentes além da livre circulação de bens e da proteção ambiental. Estes princípios são o princípio da correção na fonte (artigo 191.º n.º 2 TFUE) e os princípios da autossuficiência e da proximidade

¹³¹ Art.º 3 TEU.

¹³² Kingston, S. (2012), pp. 135-136.

¹³³ Acórdão C-2/92, *Comissão das Comunidades Europeias v. Reino da Bélgica* [1992].

¹³⁴ *Ibid.*, parágrafo 31.

¹³⁵ *Ibid.*, parágrafo 32.

¹³⁶ *Ibid.*, parágrafo 34.

¹³⁷ *Ibid.*, parágrafo 36.

enunciados na Convenção de Basileia, relativa ao controlo dos movimentos transfronteiriços dos resíduos perigosos e da sua eliminação, convenção de que a União é signatária¹³⁸. Podemos então afirmar que este foi um caso marcado pela coerência exatamente porque se teve em consideração outros fatores que não apenas a livre circulação de bens e a proteção ambiental. Desde logo, este é um caso em que há um conflito de princípios, e mais importante do que uma hierarquia entre eles é a promoção de todos eles, isto é, há uma exigência de proporcionalidade. A medida aprovada pela região da Valónia de facto restringe a livre circulação de bens, mas promove um elevado nível de proteção ambiental, o princípio de que o dano deve ser reparado na fonte e o princípio do poluidor pagador¹³⁹.

Poder-se-ão citar outros exemplos de acórdãos do TJUE nos quais se primou por uma abordagem igualmente coerente como, por exemplo, *Dusseldorp*¹⁴⁰, *Aher-Waggon*¹⁴¹, *PreussenElektra*¹⁴²⁻¹⁴³.

5.2.2.A Comissão

Quanto à Comissão, deriva dos princípios de boa governança já mencionados que as diferentes Direcções-Gerais deverão assegurar uma abordagem coerente entre as suas

¹³⁸ Ibid., parágrafos 34 e 36.

¹³⁹ Bengoetxea, MacCormick e Soriano (2001) pp.74-76.

¹⁴⁰ Acórdão C-203/96, *Dusseldorp* [1998].

¹⁴¹ Acórdão C-389/96, *Aher-Wagoon* [1998].

¹⁴² Acórdão C-379/98, *PreussenElektra* [2001].

¹⁴³ Como mau exemplo de coerência por parte do TJUE temos o Acórdão C-240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)* [1985]. A questão surgiu quando o tribunal Francês submeteu ao TJUE um pedido de decisão prejudicial relativamente à validade da Diretiva 75/439/CEE relativa à eliminação de óleos usados. Esta diretiva permitia aos Estados-Membros limitarem a movimentação e a eliminação dos óleos usados por motivos de proteção ambiental. O tribunal francês questionou se esta competência era compatível com os direitos de liberdade de comércio, livre circulação de bens e livre concorrência.

O TJUE entendeu que direito de liberdade de comércio não deve ser entendido em termos absolutos e que está mesmo sujeito a determinadas limitações justificadas pela prossecução de objetivos de interesse geral para a Comunidade (parágrafo 12). É claro para o tribunal que caso alguma restrição se mostre necessária há que ter em conta os princípios da proporcionalidade e da não discriminação, o que significa que o Tribunal pretende encontrar um ponto de equilíbrio entre os diferentes direitos e interesses em causa (parágrafo 13).

O Tribunal prossegue afirmando que a restrição é necessária exatamente devido à necessidade de proteção ambiental, e que as medidas em causa não são nem desproporcionais nem discriminatórias. A grande contribuição deste acórdão é que é a primeira vez que se afirma que a proteção ambiental é um objetivo da União.

Todavia, a grande falha do Acórdão *ABDHU* é que não justifica o porquê de a proteção ambiental ser um objetivo essencial da Comunidade. Nesta altura tal objetivo ainda não estava consagrado nos Tratados, e não existiam ligações plausíveis entre os interesses da comunidade e a proteção ambiental, e como tal, teria sido uma excelente oportunidade para o Tribunal ligar a teoria legal à teoria política e fundamentar a proteção ambiental como um objetivo da União. Porém, falhou nesta tarefa e tal mina a coerência do raciocínio do Tribunal. Mais desenvolvidamente em, Bengoetxea, MacCormick e Soriano, (2001), pp.67-70.

próprias políticas e as políticas transversais a toda a EU, das quais é exemplo a política ambiental. De facto, muito do trabalho de implementação de uma política de boa governança na UE foi feito pela Comissão através do Livro Branco da Governança Europeia. Contudo, o crescimento da Comissão mediante o aumento do número de Direcções-Gerais aumenta a dificuldade de coordenação das diferentes políticas, levando a uma maior especialização e fragmentação da abordagem¹⁴⁴. Obviamente que esta fragmentação dificulta a prossecução daqueles objetivos da UE para os quais uma abordagem sectorial será ineficiente¹⁴⁵.

Porém, têm sido realizados esforços no sentido de melhorar a coordenação horizontal dentro da Comissão, e para tal contribuiu a ênfase dada à responsabilidade coletiva da Comissão, o que significa que todos os comissários estão em pé de igualdade no processo de decisão, cada um deles tem o direito e o dever de se manter informado quanto às atividades dos outros comissários, sendo que respondem coletivamente pelas decisões tomadas¹⁴⁶.

Relativamente à Comissão podemos concluir que também as Direcções-Gerais estão obrigadas às mesmas exigências de coerência e integração, incluindo a Direcção-Geral da Concorrência.

5.2.3. As Autoridades Nacionais da Concorrência e os Tribunais Nacionais

Por fim, relativamente aos tribunais nacionais e às autoridades nacionais da concorrência há que começar impõe-se referir o Regulamento (CE) n.º 1/2003¹⁴⁷ que implementou o processo de modernização da aplicação das regras europeias da concorrência. Na sequência deste regulamento operou-se uma descentralização da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, nos termos da qual as autoridades nacionais da concorrência, os tribunais nacionais e a Comissão Europeia passaram a ter responsabilidade paralela na aplicação daquelas normas em estreita cooperação, no quadro da Rede Europeia de Concorrência – ECN¹⁴⁸. O anterior monopólio da Comissão na aplicação do artigo 101.º n.º

¹⁴⁴ Kingston, S. (2012), pp. 139-140.

¹⁴⁵ Ibid., p. 141.

¹⁴⁶ Ibid., 142.

¹⁴⁷ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO 2003 L 1/1.

¹⁴⁸ Ibid., considerando 15.

3 TFUE foi substituído por um sistema em que as autoridades nacionais e os tribunais podem aplicar diretamente aquele artigo¹⁴⁹.

Suzanne Kingston afirma que aqui valem igualmente os argumentos sistemáticos e legais anteriormente referidos. O dever de aplicar o artigo 11.º TFUE sobre a integração ambiental é suportado pelo princípio da cooperação leal do artigo 4.º n.º 3 TUE, que exige que os Estados-Membros tomem todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União¹⁵⁰.

Argumenta-se que este sistema europeu da concorrência, agora descentralizado, mediante a ECN, permitiu um maior diálogo entre os diversos aplicadores do direito da concorrência europeu. A rede criada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 abriu portas para uma troca de opiniões entre os membros da ECN, e na medida em que cada autoridade nacional tem uma posição diferente no que toca ao papel da proteção ambiental no direito da concorrência, e que hoje essas mesmas autoridades têm autonomia para aplicarem o direito da concorrência, terão também autonomia para ter em conta a necessidade de proteção ambiental¹⁵¹.

Contudo, a disponibilidade para integrar fatores ambientais variará consoante a autoridade nacional em causa, desde logo porque as autoridades nacionais, cada uma delas, tem a sua visão sobre os objetivos do direito da concorrência da UE. Sabemos que, no âmbito das legislações nacionais, interesses públicos poderão ser tidos em conta pelas autoridades nacionais por diversas legislações como estabelece, por exemplo, a Lei espanhola da Concorrência¹⁵² e o Código Comercial francês¹⁵³. Além disso, vários Estados-Membros permitem intervenções ministeriais na concorrência por motivos não económicos de interesse público¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Ibid., artigos 1.º, 5.º e 6.º.

¹⁵⁰ Kingston, S. (2012), p. 152.

¹⁵¹ Ibid., p. 156.

¹⁵² Lei 15/2007, de 3 de julho. O artigo 10.º n.º 4 permite ao Conselho de Ministros ter em conta determinados interesses públicos aquando da decisão de autorização de uma concentração. Entre esses interesses está previsto a proteção do meio ambiente (alínea d)).

¹⁵³ O artigo L.430-6 permite que a *Authorité de la concurrence* avalie se uma determinada concentração contribui suficientemente para o progresso económico, compensando assim os impactos adversos na concorrência. Claro que aqui o progresso económico engloba a proteção ambiental.

¹⁵⁴ O *Schedule 3*, parágrafo 7 do *Competition Act* do Reino Unido permite ao Secretário de Estado não aplicar a proibição do capítulo I do diploma devido a interesses públicos preponderantes (“exceptional and compelling reasons of public policy”). O artigo 5b do holandês *Mededingingswet*, dá o poder ao Ministro dos Assuntos Económicos instruções de como o *Mededingingswet* deve ser implementado. Na Alemanha permite-se a intervenção do Ministro da Economia e da Tecnologia para autorizar uma concentração proibida pela

Em termos de Direito Constitucional, muitos Estados-Membros atribuem carácter constitucional ao objetivo da proteção ambiental, entre eles a Áustria¹⁵⁵, Bélgica¹⁵⁶, Finlândia¹⁵⁷, França¹⁵⁸, Alemanha¹⁵⁹, Grécia¹⁶⁰, Holanda¹⁶¹, Portugal¹⁶² e Espanha¹⁶³⁻¹⁶⁴.

Quanto aos tribunais nacionais, estes são parte integrante do sistema de concorrência europeu criado pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003¹⁶⁵. Os tribunais têm ainda maior autonomia na aplicação do direito da concorrência e na consideração de fatores não económicos, desde logo devido ao princípio da separação de poderes. De facto, não existe nenhum mecanismo equivalente ao art.º 11 n.º 6 destinado aos tribunais, com o intuito de lhes retirar a competência para o estudo de um caso em análise. Ao invés, a cooperação limita-se à troca de informações, possibilidade das autoridades nacionais ou a Comissão submeterem observações e, ainda, a possibilidade de reenvio prejudicial para o TJUE ao abrigo do art.º 267 TFUE.

O modelo de raciocínio judicial coerente não encontrará dificuldade a ser implementado nos tribunais nacionais, principalmente naqueles Estados-Membros que, como vimos, positivam o dever de proteção ambiental. Nestes Estados os juízes estão habituados a fazer este tipo de ponderações no contexto dos seus sistemas jurídicos nacionais, mesmo que no seu trabalho diário não se foquem unicamente no direito da concorrência.

Conclui-se, portanto, pelo argumento da governança que as autoridades nacionais da concorrência e os tribunais nacionais além de estarem vinculados aos imperativos de integração ambiental, coerência e boa governança, têm ainda, ao abrigo do sistema em rede de concorrência europeu criado pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, a autonomia necessária

Bundeskartellamt quando o interesse público o justificar (Secção 42, 1.º parágrafo do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – Ato contra as restrições concorrenciais) in Kingston, S. (2012), pp. 157-158 nota 153.

¹⁵⁵ Na Áustria é de referir o *Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung* (Acto Constitucional Federal para a sustentabilidade, proteção animal, elevada proteção ambiental, água, segurança alimentar e pesquisa).

¹⁵⁶ Artigo 23.º da Constituição Belga.

¹⁵⁷ Secção 20 da Constituição Finlandesa.

¹⁵⁸ Carta do Ambiente de 2004 (*Charte de l'environnement*).

¹⁵⁹ Artigo 20.º a da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

¹⁶⁰ Artigo 24.º da Constituição Grega.

¹⁶¹ Artigo 21.º da Constituição do Reino dos Países Baixos.

¹⁶² Artigo 66.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁶³ Secção 45.º da Constituição Espanhola.

¹⁶⁴ Kingston, S. (2012), p. 158.

¹⁶⁵ Artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

para terem em consideração a proteção ambiental ao aplicarem o direito da concorrência da UE¹⁶⁶.

5.3. Argumento económico

Desde o início desta nossa investigação que temos vindo a considerar o ambiente como um bem não quantificável economicamente¹⁶⁷. Contudo, o inverso é possível, isto é, é possível integrar no cálculo económico das decisões concorrenciais as considerações ambientais. Existem casos em que é possível prever os benefícios ou danos ambientais resultantes de uma determinada transação ou comportamento, e em que é possível atribuir-lhes um valor económico.

Na economia clássica, marcada pelo *laissez-faire*, a proteção ambiental não era causa justificativa de intervenção governamental. Na economia neoclássica o valor de um bem é determinado nas trocas, refletindo as preferências dos indivíduos assim como os custos de produção. O valor dos bens advinha da utilidade subjetiva que as pessoas lhes atribuíam, e cada um de nós, a agir de forma racional, iria tentar maximizar essa utilidade. A partir daqui construíram-se métodos para calcular as preferências sociais e funções de utilidade social, ou de bem-estar social, entre eles o já referido critério de Pareto que define uma alocação ótima de recursos como aquela em que ninguém pode ver a sua situação melhorada sem que alguém fique em pior situação¹⁶⁸.

Central na teoria neoclássica é o conceito de externalidade desenvolvido por Alfred Marshall em *Princípios de Economia*. As externalidades são falhas de mercado que impõem um custo ou um benefício por ações de outros, sem compensação, sendo que existem no consumo e na produção. A estas externalidades não é atribuído um valor, pois não são passíveis de compensação¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Kingston, S. (2012), p. 161.

¹⁶⁷ Autores existem que defendem a não legitimidade da valoração e pagamento da natureza dado o seu carácter incalculável. Não partilhamos esta opinião e acreditamos que a atribuição de um preço à natureza pode mesmo ajudar na sua proteção e prevenir danos ambientais. No sentido da legitimidade da atribuição de um preço à natureza ver Aragão, A. (2012). A natureza não tem preço...mas devia. Em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda* (Vol. IV, pp. 11-42). Coimbra Editora, pp. 17-20.

¹⁶⁸ Kingston, S. (2012), p. 169.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 170.

A economia ambiental focar-se-á, portanto, no estudo dos problemas levantados pelas externalidades ambientais e na forma de solucionar essas falhas de mercado no quadro modelo económico neoclássico.

5.3.1.O bem-estar do consumidor da perspectiva de uma abordagem económico-ambiental

Como já estudamos um dos objetivos primordiais da política concorrencial da UE é a maximização do bem-estar do consumidor. Na teoria económica neoclássica, o bem-estar do consumidor resulta, geralmente, da renda do consumidor, mais especificamente, da quantidade agregada de todos os consumidores, indicada pela diferença entre o valor que o consumidor pensa que o bem tem (ou o valor que estava disposto a pagar) e o que ele de facto pagou.

Na economia neoclássica, o ambiente é tido como um bem composto, que oferece múltiplos serviços. Tal como todos os outros bens, a opção racional será lutar pelo aumento, ou pelo menos a não depreciação, do valor deste bem. O ambiente providencia serviços diretamente aos consumidores; pode ser o ar que respiramos, o alimento que consumimos ou, o simples prazer de uma bela paisagem. Excesso de poluição diminui o valor do bem e reduz os serviços que este proporciona; com a poluição o ar torna-se irrespirável, a água deixa de ser própria para consumo e as paisagens perdem a sua beleza. Estes serviços foram cunhados de bens e serviços ecossistémicos, pois representam valor para nós seres humanos que advém do capital natural¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Ibid. p. 176. Sobre capital natural ver Costanza, R., & Daly, H. E. (1992). Natural Capital and Sustainable Development. *Conservation Biology*, 6(1), 37-46.

“Os bens produzidos pelos ecossistemas incluem alimentos (carne, peixe, legumes, etc.), água, combustíveis e madeira, enquanto os serviços incluem o fornecimento de água e a purificação do ar, a reciclagem natural de resíduos, a formação do solo, a polinização e os mecanismos de regulação que a natureza, por si mesma, utiliza para controlar as condições climáticas e as populações de animais, insetos e outros organismos. (...)

Os peritos identificaram quatro tipos diferentes de serviços, todos eles fundamentais para a saúde e para o bem-estar humano:

- Os serviços de fornecimento oferecem os bens, como os alimentos, a água, a madeira e a fibra.
- Os serviços de regulação regem o clima e a pluviosidade, a água (por exemplo, as inundações), os resíduos e a disseminação de doenças.
- Os serviços culturais abrangem a beleza, a inspiração e a recreação que contribuem para o nosso bem-estar espiritual.
- Os serviços de apoio incluem a formação do solo, a fotossíntese e a renovação dos nutrientes, que estão na base do crescimento e da produção.”

In Comissão Europeia. (08 de Maio de 2018). *Informations sheets and facts sheets on DG Environment policy areas*. Obtido de European Comissão: <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/Eco->

Ora, a economia do ambiente visa valorar estes serviços e as preferências ambientais dos indivíduos, permitindo assim a internalização das externalidades ambientais. Esta tarefa à primeira vista não parece fácil, desde logo porque se trata de bens e serviços sem mercado ou sem um valor atribuído¹⁷¹.

A valoração dos serviços ecossistémicos e da biodiversidade reflete aquilo que nós enquanto sociedade estamos dispostos a trocar para manter os recursos naturais. Esta valoração económica torna explícito para a sociedade e para os decisores políticos que a biodiversidade e os serviços ecossistémicos são escassos e que a sua depreciação e degradação acarretam custos para a sociedade¹⁷².

Fazendo uma análise económico-ambiental, poderá ser possível incorporar os benefícios ou danos ambientais (por outras palavras, a performance ambiental dos bens) na estimativa do bem-estar do consumidor, mediante a avaliação do que o consumidor estaria disposto a pagar por uma determinada performance ambiental. Assim sendo, um aumento da valoração do bem pelo consumidor ou da sua disponibilidade para pagar, devido à melhor performance ambiental do bem, significa que, mesmo que os preços aumentem ligeiramente, a renda do consumidor aumenta. Ao invés, um decréscimo na disponibilidade do consumidor para pagar, devido a um declínio da performance ambiental do bem em causa, significa que a renda do consumidor diminui, mesmo que os preços se tenham mantido ou mesmo baixado¹⁷³.

Os economistas-ambientais dividem o valor dos bens e serviços ambientais em duas grandes categorias, o valor de uso e o valor de não-uso. O valor de uso divide-se em valor de uso direto e valor de uso indireto. O uso direto ocorre quando um indivíduo usa o recurso,

systems%20goods%20and%20Services/Ecosystem_PT.pdf. Também neste sentido o artigo 3.º q) do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho.

Num estudo de 1997, Robert Constanza estimou que os ecossistemas nos fornecem cerca de 33 triliões de dólares em serviços anualmente...in Costanza, R., d'Arge, R., Groot, R. d., Farberk, S., Grasso, M., Hannon, B., . . . Belt, M. v. (15 de Maio de 1997). The value of the world's ecosystem services and natural capital. *Nature*, n.º 387, 253-260, p. 259. Este valor torna-se ainda mais impressionante se tivermos em conta que se refere a apenas 17 ecossistemas que foram alvo do estudo. Isto demonstra claramente a importância dos benefícios dos serviços da biodiversidade e quão importante é termos estes valores em consideração na tomada de decisões.

¹⁷¹ Um exemplo de mercado de bens ambientais é o já referido mercado de licenças de emissão de gases com efeito estufa.

¹⁷² TEEB. (2010). *The Economics of Ecosystem and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations*. Londres: Earthscan, capítulo 5, p. 5.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 174.

De um ponto de vista dinâmico os benefícios ambientais também podem ser contabilizados a partir da criação de novos mercados criados pelos produtos amigos do ambiente que representam inovação tecnológica.

isto é, quando a matéria-prima é extraída, transformada ou cultivada para fins humanos. É o benefício diretamente obtido com a exploração do recurso. Determinar o valor de uso direto é relativamente simples pois, normalmente, existem preços e mercados associados a esse recurso, por exemplo, o valor de uma floresta pode-se refletir pelo número de árvores que se podem cortar multiplicado pelo valor de cada árvore. Dentro do valor de uso direto temos ainda o valor de uso não-consumptivo, como a contemplação estética da paisagem. O valor de uso indireto refere-se às funções suportadas pelos ecossistemas¹⁷⁴. No caso de uma floresta, como valor de uso indireto podemos mencionar a sequestração de carbono, ou a prevenção da erosão, que é um valor de uso que a floresta incorpora mesmo que os seres humanos não beneficiem dele diretamente¹⁷⁵.

Pelo contrário, o valor de não-uso surge quando o ser humano quer manter a opção de usar o recurso no futuro (valor de opção), ou preservar o recurso pelo simples facto de garantir a sua existência.

O valor de opção¹⁷⁶ traduz o valor futuro do recurso, isto é, a disponibilidade do consumidor para pagar de modo a manter a possibilidade de utilização futura do recurso. Dentro do valor de não-uso temos ainda o valor de existência, o valor de legado e o valor altruístico. O valor de existência refere-se ao valor intrínseco que o bem ambiental oferece ao ser humano, sendo que o ser humano pretende garantir a sua futura existência. O valor de legado consiste no valor atribuído a um recurso com a intenção de que este seja gozado pelas futuras gerações¹⁷⁷. Por fim, o valor altruístico refere-se ao valor atribuído a um bem ou serviço pelo facto de que outras pessoas da presente geração terão acesso aos benefícios gerados pelos ecossistemas.

5.3.1.1. Técnicas de valoração ambiental

Como já referimos, a valoração de bens e serviços com valor de uso direto é relativamente simples, pois para estes existem preços e mercados. O desafio está em valorar bens e serviços com valor de uso indireto e valor de não-uso.

¹⁷⁴ Ver nota 165.

¹⁷⁵ Keske, C. M. (2011). How to value environmental and non-market goods: a guide for legal professionals. *Denver Journal of International Law and Policy*, n.º 39(3), 423-436, pp. 425-427.

¹⁷⁶ Existem autores que vêm no valor de opção uma categoria autónoma, todavia entendemos que este é parte integrante do valor de não-uso.

¹⁷⁷ Keske, C. M. (2011), pp. 427-428.

Para estes últimos, a valoração¹⁷⁸ é feita através de técnicas de valoração de bens sem mercado¹⁷⁹ (*techniques of non-market valuation*). Iremos tentar apresentar uma breve explicitação das principais técnicas de valoração, pois não é o objetivo do nosso trabalho fazer um estudo exaustivo de todas as técnicas existentes.

Os métodos de valoração indireta valoram um bem público e a sua função de procura a partir do comportamento observável (empírico) dos consumidores no mercado. O termo indireto significa que a estimativa de valor dos bens e serviços ambientais não transacionáveis no mercado é feita por referência à procura de bens e serviços transacionáveis¹⁸⁰. Estes métodos indiretos são também chamados de métodos de preferências reveladas pois baseiam-se no comportamento no mercado dos consumidores de bens e serviços ambientais que estão relacionados com os bens ou serviços que se pretendem valorar. De entre estes métodos podemos mencionar o método do custo de transporte (*travel cost method* – TCM). Este método é usado para calcular os benefícios recreativos e de lazer fornecidos pelos ecossistemas. Assume-se que o valor do local ou dos seus serviços de lazer é dado pelo valor que as pessoas estão dispostas a gastar para se deslocarem até esse mesmo local. Entende-se que o tempo e as despesas da deslocação para visitar um determinado local representam o valor de acesso a esse local, e, portanto, a disponibilidade para pagar para o visitar pode ser estimada a partir das viagens que se fazem¹⁸¹.

¹⁷⁸ Devemos distinguir os conceitos de valoração, valorização e avaliação, sendo que aquele de que nos ocupamos é a valoração. A valoração “resulta do reconhecimento de que os elementos naturais desempenham funções sociais e ecológicas importantes (...). Consiste na identificação e ponderação da importância relativa das diferentes funções desempenhadas por cada ecossistema (...). É a operação de valoração que permite a atribuição de preços, isto é, de valores monetários a pagar pela utilização dos recursos naturais e a receber pela conservação dos ecossistemas.” In Aragão, A. (2012), pp. 15-16.

¹⁷⁹ Quando existe mercado para os bens e serviços em causa, ou quando não existe, mas existe para bens e serviços com eles relacionados é possível retirar informação diretamente dos mercados. A existir, o preço de mercado é o melhor indicador das preferências dos consumidores. Por exemplo, existe preço para os produtos agrícolas, para a madeira retirada de uma floresta, para o peixe que é pescado. Alternativamente, quando não existe preço de mercado, podemos, a partir dos custos para criar artificialmente os benefícios dos serviços ecossistémicos, estimar o custo real do bem ou serviço. Ainda, a função de produção visa estimar a contribuição de um serviço ecossistémico para a produção de outro bem ou serviço que é transacionável no mercado (por exemplo, o serviço de polinização fornecido às culturas). Mais desenvolvidamente em TEEB. (2010). *The Economics of Ecosystem and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations*. Londres: Earthscan.

¹⁸⁰ Schwermer, S. (2012). *Economic Valuation Methods*. German Federal Environmental Agency (UBA). Obtido em 10 de Maio de 2018, p. 10. Ainda sobre os diferentes métodos de valoração ambiental Dlamini, C. S. (2012). Types of values and valuation, methods for environmental resources: Highlights of key aspects, concepts and approaches in the economic valuation of forest goods and services. *Journal of Horticulture and Forestry*, n.º 4(12), 181-189. doi:10.5897/JHF12.011.

¹⁸¹ Uma possível utilização deste método é, por exemplo, em caso de incêndio de um parque natural podemos calcular o dano económico que a área ardida causa mediante a comparação do número total de visitantes, antes e depois dos incêndios, conhecendo os custos totais suportados por cada um.

Outro método indireto é o método hedónico. Este método assenta na premissa de que os bens possuem determinadas características e que a procura por esses bens está relacionada com essas características. A ideia deste método é registar as diferenças de preço relacionadas com o ambiente que rodeia o bem. Por exemplo, o preço de uma casa está relacionado com as características da própria casa e da propriedade, da vizinhança e das características ambientais que a rodeiam. Por esse motivo é que duas casas, em tudo idênticas, mas em que uma se localiza à beira-mar e a outra no campo, têm valores diferentes, sendo que aquela que se localiza à beira-mar tem um valor mais elevado. O valor mais elevado, quando todos os fatores não ambientais estão controlados, representa o valor atribuído à paisagem, à qualidade do ar, às atividades de lazer que aí se podem praticar, entre outras¹⁸².

Os métodos de valoração direta determinam a disponibilidade para pagar mediante a realização de questões aos indivíduos sobre os bens e serviços em causa. Estes métodos também são chamados de métodos de preferências declaradas. De entre os métodos diretos devemos mencionar o da valoração contingente¹⁸³. Este método consiste na realização de inquéritos que visam descobrir a disponibilidade para pagar para manter uma determinada qualidade ambiental. Este é o único método que permite valorar os valores de não-uso¹⁸⁴, mas também consegue valorar os valores de uso como o valor recreativo e de lazer associado aos ecossistemas.

Estes são métodos de valoração por vezes difíceis de pôr em prática dada a sua complexidade, o que nos leva a questionar se estas técnicas poderão, de forma realista, ser aplicadas na política concorrencial da UE. Todavia, parece mesmo existir um dever jurídico de valorar os bens e serviços ambientais no direito europeu.

Desde logo, a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 aconselha a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos económicos no princípio n.º 16. No mesmo sentido foram a Convenção sobre Diversidade Biológica e as Conferências de Partes (COP). No seio da União Europeia destaca-se a Estratégia Europeia para a Biodiversidade 2020¹⁸⁵ que prevê

¹⁸² Dlamini, C. S. (2012), p. 184.

¹⁸³ Sobre a valoração contingente ver Veisten, K. (2007). Contingent valuation controversis: Philosophic debates about economic theory. *Journal of Socio-Economics*, n.º 36, 204-232.

¹⁸⁴ Isto é, por exemplo, o valor que a sociedade atribui à simples existência da biodiversidade.

¹⁸⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*, COM (2011) 244 final.

que “até 2050, a biodiversidade da União Europeia e os serviços ecossistémicos por ela prestados — o seu capital natural — são protegidos, valorizados¹⁸⁶ e adequadamente recuperados pelo valor intrínseco da biodiversidade e pela sua contribuição essencial para o bem-estar humano e a prosperidade económica, de modo a serem evitadas alterações catastróficas causadas pela perda de biodiversidade”¹⁸⁷.

Contudo, este processo não é isento de dificuldades. Uma das dificuldades na valoração dos benefícios ambientais é valorar a utilidade pós-transação em situações de risco e incerteza, e decidir qual o desconto adequado que se deve fazer no futuro em benefícios e danos ambientais. Tal obrigaria a adotar uma análise a longo prazo relativamente ao bem-estar do consumidor, o que não é feito pela política de concorrência europeia¹⁸⁸.

Suzanne Kingston apresenta dois contra-argumentos. Quanto ao facto de a política de concorrência não poder adotar uma abordagem a longo prazo, a verdade é que em contextos não ambientais, a Comissão e os tribunais da União Europeia têm em conta os efeitos a longo-prazo. Por exemplo, no que toca à fusão de empresas a Comissão e os tribunais fazem uma análise prospetiva, e avaliam o comportamento anticoncorrencial ao abrigo do artigo 102.º TFUE¹⁸⁹.

Claro que a valoração ambiental pode ser complexa. Contudo, mesmo nessas situações uma valoração do benefício ou dano ambiental aproximada é sempre melhor do que deixar as consequências ambientais fora de uma análise de utilidade. Além disso, dificuldades na valoração do bem-estar dos consumidores pós-transação são frequentes, e não estão confinadas a fatores especificamente ambientais¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Anteriormente fizemos referência à distinção entre valoração e valorização. No presente documento o termo usado é, de facto, valorização e não valoração como temos vindo a referir a longo deste capítulo. Todavia, tal só se poderá dever a um erro de tradução já que o mesmo documento na versão inglesa uso o termo *valued* que corresponde a valorado.

¹⁸⁷ Mais desenvolvidamente sobre o dever de valorar no panorama internacional, europeu e nacional, ver Aragão, A. (2012), pp. 20-27.

¹⁸⁸ Kingston, S. (2012), p. 191.

¹⁸⁹ No sentido de uma abordagem de longo prazo o Comissário Kroes afirmou a premência na adoção de uma análise a longo prazo: “We need to take into account not only short term harm, but also medium and long term harm arising from the exclusion of competitors... We cannot just wash our hands of responsibility and say that competition law cannot or should not protect the consumer against negative medium to long term effects, just because it is difficult to assess.”...in SPEECH/05/537, 23 de Setembro de 2005, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm (obtido em 13 de Maio de 2018).

¹⁹⁰ Kingston, S. (2012), pp. 191-193.

6. Os conceitos de empresa e de mercado relevante à luz das considerações ambientais

6.1. O conceito de empresa

O conceito de empresa é central no direito da concorrência europeu. O artigo 101.º aplica-se a “todos os acordos entre empresas”, o artigo 102.º aplica-se quando “uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante” e o Regulamento das concentrações visa controlar as concentrações de empresas¹⁹¹. Todavia, apesar de o Tratado se referir por diversas vezes a “empresas”, este conceito não é por ele definido.

O TJUE clarificou o termo, pela primeira vez, no acórdão *Höfner and Elser*, nos termos do qual “o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento”¹⁹². Por funcionamento quer-se também dizer financiamento. Assim sendo, é a função que desempenha, e não a sua forma, que releva ao decidir se uma determinada entidade é ou não empresa para o direito da concorrência europeu¹⁹³.

Retiramos do referido acórdão que “empresa” envolve dois outros conceitos: “entidade” e “atividade económica”. “Entidade” envolve qualquer pessoa, natural ou jurídica¹⁹⁴. Porém, o critério decisivo é a “atividade económica”, isto é, temos de saber se a atividade levada a cabo pela entidade em causa é ou não “económica”. Isto significa que entidades que desempenhem atividades não económicas não estão abrangidas pelo direito da concorrência¹⁹⁵.

Além do conceito de empresas o artigo 101.º TFUE também refere “associações de empresas”. Para efeitos do direito da concorrência, deve considerar-se como “associação de empresas” qualquer entidade que agregue várias pessoas singulares ou coletivas – elas próprias, possivelmente, também empresas – e que, por regra, representa os interesses dos

¹⁹¹ Regulamento (CE) N.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias»), JO 2004 L 24/1.

¹⁹² Acórdão C-41/90, *Höfner & Elser v. Macrotron*, [1991], parágrafo. 21; também artigo 3.º n.º 1 da Lei nº 19/2012 de 8 maio - lei de defesa da concorrência.

¹⁹³ Daqui podemos desde logo deduzir que o facto de um acordo ambiental ser permitido com fundamento na proteção ambiental, não impede a aplicação do n.º 1 do artigo 101.º TFUE.

¹⁹⁴ Townley, C. (2007). The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation - A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries. Em G. Amato, & C.-D, p. 4.

¹⁹⁵ Mais desenvolvidamente sobre o conceito de empresa no direito da concorrência europeu ver Jones, A. (2012). The boundaries of an undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, n.º 8(2), 301-331.

seus associados (por exemplo, Ordens Profissionais, Cooperativas, Associações patronais, etc.)¹⁹⁶.

Importa igualmente saber o que constitui uma atividade económica. Constitui uma atividade económica, qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado¹⁹⁷. No caso *Poucet* o advogado-geral nas suas conclusões descreve “atividade económica” como sendo “atividade de carácter económico suscetível de ser exercida, pelo menos em princípio, por uma empresa privada e com fim lucrativo.”¹⁹⁸.

O próprio Estado pode ser abrangido por esta disposição. Quer o Estado atue diretamente, através de uma entidade que faz parte da administração pública, ou indiretamente, através de uma entidade com direitos específicos ou exclusivos, é necessário determinar, casuisticamente, se está a levar a cabo uma atividade económica (*jure gestionis*), ou se está a atuar como autoridade pública (*jure imperii*)¹⁹⁹.

Caso esteja a exercer uma atividade económica, o Estado é visto como uma empresa para efeitos de direito da concorrência. O estatuto dado a uma entidade pelo Estado e o seu modo de financiamento não muda a sua caracterização enquanto empresa. Por exemplo, sendo os municípios responsáveis pela recolha do lixo doméstico e o seu subsequente processamento, eles não estão excetuados das regras de direito da concorrência ao celebrar acordos com empresas terceiras para que levem a cabo esse processamento. Isto constitui uma atividade económica de natureza industrial ou comercial, e que, portanto, cai dentro do âmbito do artigo 101.º TFUE²⁰⁰. O facto de estes acordos serem concluídos no âmbito de uma obrigação normativa não é suficiente para considerar que se trata do exercício da autoridade pública²⁰¹.

Ao garantir uma livre concorrência, os artigos 101.º e 102.º TFUE não procuram limitar as prerrogativas dos Estados-Membros no que toca às políticas públicas. Portanto, ao

¹⁹⁶ In Autoridade da Concorrência. (22 de Maio de 2018). *Práticas colusivas*. Obtido de Autoridade da Concorrência:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx

¹⁹⁷ Acórdão C-180/98, *Pavlov* [2000], parágrafo 75; Acórdão C-475/99, *Ambulanz Glökner* [2001], parágrafo 19.

¹⁹⁸ Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesaurò, Processos C-159/91 e 60/91, *Christian Poucet v Assurances Générales de France e Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon* [1993], parágrafo 8.

¹⁹⁹ Sadeleer, N. d. (2014). *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford University Press, p. 394. Acórdão 118/85, *Comissão v. Itália* [1987], parágrafo 7; Acórdão 343/95, *Diego Calì & Figli* [1997], parágrafo 16.

²⁰⁰ Decisão da Comissão 2001/663/EC *Eco-Emballages* [2001] JO L233/37, parágrafo 70.

²⁰¹ Sadeleer, N. d. (2014), p.394.

desenvolver uma atividade que envolva o exercício da autoridade pública, o Estado não fica sujeito às regras da concorrência do Tratado.

Retira-se do acórdão *Cali & Figli* que determinadas entidades de direito privado que realizem serviços de antipoluição, confiados pelas autoridades públicas, não são abrangidas pelo âmbito do direito da concorrência europeu. O Tribunal entendeu que uma entidade a quem a autoridade pública confiou o exercício de uma atividade de vigilância destinada a evitar a poluição ambiental não seria uma empresa pois “a vigilância antipoluição pela sua natureza, pelo seu objeto e pelo regime a que está sujeita, liga-se ao exercício de prerrogativas de proteção do ambiente, que são tipicamente prerrogativas do poder público. A vigilância antipoluição constitui uma missão de interesse geral que se enquadra em funções essenciais do Estado em matéria de proteção do ambiente (...). Não tem natureza económica.”²⁰².

É de realçar que o tribunal distinguiu entre “vigilância destinada a evitar a poluição” e “intervenção no caso de essa poluição se ter verificado”, sendo provável que esta última seja considerada uma atividade económica²⁰³.

Como de acordo com o princípio do poluidor pagador os custos ambientais deverão ser internalizados no preço dos bens e serviços, é provável que os serviços ambientais comecem a ser considerados atividades económicas e a serem abrangidas pelo artigo 101.º n.º 1 TFUE²⁰⁴.

6.1.1. Relevância das considerações ambientais na definição do conceito de empresas

Até que ponto fornecer bens e serviços ambientais pode ser considerado como uma atividade económica que consiste na oferta de bens e serviços ambientais num determinado mercado?

A OCDE define bens e serviços ambientais como atividades que produzem bens e serviços para medir, prevenir, limitar, minimizar ou corrigir danos ambientais à água, ar e solo, bem como problemas relacionados com resíduos, barulho e *eco-systems*. Isto inclui

²⁰² Acórdão 343/95, *Diego Cali & Figli* [1997], parágrafos 20-23.

²⁰³ Jans, J. H., & Vedder, H. H. (2012). *European Environmental Law: After Lisbon* (4.º ed.). Groningen: Europa Law Publishing, p. 299.

²⁰⁴ *Ibid*; Sadeleer, N. d. (2014), p. 395.

tecnologias “limpas”, produtos e serviços que reduzem o risco ambiental e minimizam a poluição e o gasto de recursos²⁰⁵.

Ora, muitos bens e serviços ambientais poderão ser oferecidos no mercado, isto porque, devido ao aumento do uso de instrumentos económicos com o intuito de dar um preço na poluição, criou-se, ou tende a criar-se, mercados para a redução de poluição, e permitem criar uma indústria onde é possível fazer lucro²⁰⁶.

Como vimos no acórdão *Diego Calì & Figli* o fornecimento de bens e serviços ambientais poderá, em determinadas situações, ser considerado uma função essencial do Estado, mesmo que levado a cabo por entidades privadas, e assim não ser abrangido pelo conceito de empresa, e, conseqüentemente, também não o será pelo direito da concorrência. A questão está em saber até que ponto o fornecimento de bens e serviços ambientais será considerado uma função essencial do Estado no entender dos Tribunais da UE.

De uma perspectiva jurisprudencial, defendida pelo Advogado-Geral George Cosmas no caso *Diego Calì & Figli*, “a proteção do ambiente, sobretudo na sua forma preventiva, constitui uma atividade do poder público, que só pode ser entendida como fazendo parte do núcleo fundamental das atividades estaduais”²⁰⁷.

Todavia, este entendimento peca por ser demasiado amplo, permitindo que as atividades de proteção ambiental possam cair no conceito de “funções essenciais do Estado”. De facto, com o aumento do uso de instrumentos ambientais de mercado nos Estados-Membros e ao nível da UE, em algumas áreas existem mercados para determinados bens e serviços, nos quais as entidades privadas têm interesse em atuar para levar a cabo essas atividades de proteção ambiental²⁰⁸, atividades essas que na prática poderiam ser executadas pelo Estado. Noutras áreas, não existe mercado para as atividades de proteção ambiental. Como tal, não poderemos considerar sem mais as atividades de proteção ambiental como funções essenciais do Estado, pois estaríamos a excluir um grande leque de entidades da aplicação do direito da concorrência europeu²⁰⁹.

²⁰⁵ Eurostat/OECD (1999). “activities which produce goods and services to measure, prevent, limit, minimise or correct environmental damage to water, air and soil, as well as problems related to waste, noise and ecosystems. This includes cleaner technologies, products and services that reduce environmental risk and minimise pollution and resource use”.

²⁰⁶ Kingston, S. (2012), p. 198.

²⁰⁷ Conclusões do Advogado-Geral Georges Cosmas, Acórdão C-343/95, *Calì & Figli* [1997], parágrafo 56.

²⁰⁸ Pense-se por exemplo na recolha e reciclagem de resíduos.

²⁰⁹ Kingston, S. (2012), p. 203.

De uma perspectiva doutrinal, uma determinada atividade será considerada uma função pública essencial se visar a provisão de um bem público puro em sentido económico. Isto é, o bem terá de ser não rival (o consumo do bem por um consumidor não reduz a quantidade disponível para consumo desse bem por outro consumidor) e não excludente (ninguém pode ser impedido de consumir o bem uma vez produzido). Porém, no entender de Kingston, esta proposta não é convincente, pois, qualquer atividade de proteção ambiental visa fornecer bens públicos puros (por exemplo, ar mais puro, água limpa, biodiversidade, combater as alterações climáticas)²¹⁰.

Portanto, saber se os serviços ambientais constituem atividades de interesse público terá de ser sempre aferido casuisticamente, mediante a aferição da rentabilidade da atividade, se é ou não lucrativa.

6.2. Definição de mercado relevante

O mercado relevante, no qual os acordos ambientais operam, deve ser definido primeiro, em relação aos produtos e serviços em causa, e depois, em termos de área geográfica. A definição do mercado é especialmente relevante para a aplicação do artigo 102.º TFUE e para o controlo de concentrações, embora seja também relevante para o artigo 101.º TFUE.

Para efeito do artigo 102.º TFUE a definição do mercado relevante é um pré-requisito necessário para determinar o comportamento anti-concorrencial, pois para afirmar que há abuso de posição dominante é necessário que o abuso se manifeste num determinado mercado, o que pressupõe que esse mercado já foi definido²¹¹. Para efeito do artigo 101.º TFUE, a razão para determinar o mercado relevante prende-se com o facto de saber se o acordo, as decisões de associações de empresas ou as práticas concertadas são suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e têm como objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno²¹².

²¹⁰ Ibid., p. 203.

²¹¹ Hildebrand, D. (2009), p. 230-231.

²¹² Ibid., p. 231.

Na definição de mercado relevante, e tendo por base a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante²¹³, há que distinguir o mercado de produto relevante do mercado geográfico relevante. A comunicação define o mercado relevante de produto como compreendendo “todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.”²¹⁴. O mercado geográfico relevante é definido como compreendendo “a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.”²¹⁵.

A Comunicação refere três tipos de condicionalismos a que as empresas estão sujeitas: a substituíbilidade do lado da procura, a substituíbilidade do lado da oferta e a concorrência potencial²¹⁶. A substituíbilidade do lado da procura “implica a determinação da gama de produtos considerados substituíveis pelo consumidor.”²¹⁷. A substituíbilidade do lado da oferta “requer que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos.”²¹⁸. O terceiro condicionalismo, a concorrência potencial, caso necessário, é apenas analisada numa fase subsequente, em geral, uma vez determinada a posição das empresas em causa no mercado relevante e sempre que essa posição suscitar preocupações do ponto de vista da concorrência.”²¹⁹.

6.2.1. O mercado de produto relevante

6.2.1.1. Substituíbilidade do lado da procura

²¹³ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência JO 1997 C 372/03.

²¹⁴ Ibid., parágrafo 7.

²¹⁵ Ibid., parágrafo 8.

²¹⁶ Ibid., parágrafo 13.

²¹⁷ Ibid., parágrafo 15.

²¹⁸ Ibid., parágrafo 20.

²¹⁹ Ibid., parágrafo 24.

Do lado da procura, os produtos e serviços deverão ser considerados pelos consumidores como substituíveis. Portanto, em termos ambientais, o que pretendemos saber é se os produtos amigos do ambiente, e aqueles que não o são, são considerados como substituíveis pelos consumidores devido às suas características, preços e o uso pretendido.

Produtos com melhor performance ambiental podem pertencer a um mercado distinto quando os consumidores, por quaisquer motivos, não trocariam para um produto equivalente, mas com pior performance ambiental. Os motivos podem ser diversos, desde benefícios pessoais que possam advir do consumo de produtos mais ecológicos, como é o caso do consumo de produtos de agricultura biológica, até à própria consciência dos consumidores que sentem que ao comprarem produtos mais ecológicos estão a contribuir para um desenvolvimento mais sustentável.

Para saber se há substituíbilidade do lado da procura faz-se o teste SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price*). Este teste consiste em saber se os consumidores “transfeririam rapidamente a sua procura para os produtos de substituição disponíveis ou para fornecedores situados noutras locais em resposta a um pequeno aumento hipotético (em torno dos 5 a 10 %) dos preços relativos, dos produtos e áreas em análise.” Se o fenómeno da substituição for suficiente para tornar o aumento de preços não lucrativo os produtos de substituição e as áreas adicionais serão incluídos no mercado relevante²²⁰.

Com base no comportamento dos consumidores, poderá acontecer que os produtos mais ecológicos não sejam substituíveis por produtos não tão ecológicos, pois apesar de terem a mesma utilização pretendida, não têm as mesmas qualidades ambientais²²¹.

Quanto ao mercado relevante dos serviços, o principal foco está nas operações de gestão de resíduos, desde a recolha até à sua eliminação. Como cada tipo de resíduo tem necessidades diferentes de recolha e de triagem, os diferentes processos de recolha e triagem não são substituíveis, e como tal, as empresas especializadas na recolha de um determinado resíduo não podem fornecer os seus serviços para recolha de outros tipos de resíduos²²².

Grande parte das decisões da Comissão que autorizam operações de fusão no sector da recolha e triagem de resíduos distinguem diferentes mercados:

²²⁰ Ibid., parágrafo 17.

²²¹ Sadeleer, N. d. (2014), p. 397.

²²² Ibid., p. 397. Neste sentido Acórdão T-419/03, *Alstoff Recycling v. Comissão* [2011], parágrafos 70-71.

- Existem mercados diferentes para a recolha, triagem, eliminação ou tratamento de resíduos perigosos e não perigosos²²³;
- Os mercados de recolha e triagem de produtos perigosos também poderão ser diferentes²²⁴;
- Nos Países Baixos, a incineração de resíduos não perigosos é um mercado diverso do mercado para aterro de resíduos não perigosos, pois apenas se procede ao aterro quando não há capacidade de incineração²²⁵;
- O mercado de recolha de resíduos não perigosos pode ainda ser subdividido no mercado de recolha de resíduos domésticos e no mercado de recolha de resíduos industriais e comerciais, pois a procura destes serviços não é substituível²²⁶.

6.2.1.2. Substituibilidade do lado da oferta

Igualmente do lado da oferta as considerações ambientais podem ter influência na definição do mercado relevante. Produzir uma versão mais ecológica de um determinado produto pode implicar um método de produção totalmente diferente, e conseqüentemente, transferir a produção de um para o outro pode ser bastante difícil²²⁷. Podemos referir a título de exemplos:

- Na decisão *Eco-Emballages*, a Comissão identificou três mercados: o mercado dos sistemas coletivos de tomada a cargo da obrigação de recuperação e de valorização das embalagens domésticas, mercado da recolha seletiva das embalagens domésticas e o mercado de valorização²²⁸;
- A oferta de serviços de recolha de resíduos perigosos distingue-se da oferta de serviços de recolha de resíduos não-perigosos²²⁹;

²²³ Processo M.2897, *Sita Sverige AB/Sydskraft Ecoplus*, 14 de outubro de 2002, parágrafo 10.

²²⁴ Comissão Europeia. (2005). *DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems*, parágrafo 37.

²²⁵ Processo COMP/M.4576 *AVR/Van Ganswinkel*, 3 de abril de 2007, parágrafo 12.

²²⁶ Processo COMP/M.5901, *Montagu/GIP/Greenstar*, 8 de agosto de 2010, parágrafo 15; Processo COMP/M.4576, *AVR/Van Ganswinkel*, 3 de Abril de 2007, parágrafo 10.

²²⁷ Vedder, D. H. (2003). *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?* Europa Law Publishing, p. 203.

²²⁸ Decisão da Comissão 2001/663/EC *Eco-Emballages* [2001] JO L233/37, parágrafos 48-50. Também *DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems*, parágrafo 7.

²²⁹ Processo M.295, *SITA-SCORI*, 19 de março de 1993; Processo M.283 *Waste Management International/SAE*.

- Os serviços de distribuição e fornecimento de água dividem-se em diversos mercados, desde a sua captação, distribuição e tratamento e purificação²³⁰.

Além das razões económicas que determinam os mercados, não devemos esquecer o impacto da própria legislação europeia. Além das necessidades específicas de cada tipo de resíduo, a legislação europeia também ajuda na fragmentação dos mercados, pois estabelece determinados objetivos de reutilização, reciclagem e valorização dos diferentes resíduos, incluindo os resíduos domésticos, pilhas e acumuladores, veículos em fim de vida e equipamentos elétricos e eletrónicos²³¹.

Pode ainda existir mais do que um mercado relativamente ao mesmo produto. Por exemplo, o vidro transparente e o vidro colorido são reciclados em instalações diferentes pelo que os seus mercados serão também diferentes²³². Devido a esta fragmentação do mercado de resíduos, cada um dos diversos mercados nunca terá uma dimensão significativa²³³.

6.2.2. Mercado geográfico relevante

O mercado geográfico pode ser definido como “o território em que todos os operadores económicos se encontram em condições de concorrência similares, relativamente, precisamente, aos produtos em causa.”²³⁴.

O mercado geográfico relevante poderá ser local, nacional ou europeu.

Como exemplo de um mercado geográfico europeu temos o mercado de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa (*ETS – EU Emissions Trading Scheme*). No que toca à gestão de resíduos, o mercado de reciclagem de resíduos domésticos e comercialização de matérias-primas secundárias geradas a partir da reciclagem de resíduos

²³⁰ Processo IV/M.1365, *FCC/Vivendi*, de 9 de março de 1999, parágrafo 17.

²³¹ Diretiva 2008/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa aos resíduos e que revoga certas diretivas; Diretiva 2006/66/CE do Parlamento e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, relativa a pilhas e acumuladores e respetivos resíduos; Diretiva 2000/53/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000, relativa aos veículos em fim de vida; Diretiva 2012/19/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativa aos resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos (REEE).

²³² Processo COMP/M. 4576, *AVR v Gansewinkel*, 3 de Abril de 2007, parágrafo 13.

²³³ Sadeleer, N. d. (2014), p. 401.

²³⁴ Acórdão T-83/91, *Tetra Pak v. Comissão* [1994], parágrafo 91; Acórdão T-128/98, *Aéroports de Paris* [2000], parágrafo 140.

é um mercado europeu. Igualmente, quando não houver capacidade a nível nacional, o mercado para o tratamento de resíduos perigosos será europeu.

Todavia, a maioria dos mercados de recolha e tratamento de resíduos são regionais ou nacionais²³⁵. Tal também se deve em parte à política ambiental, nomeadamente aos princípios da proximidade e da autossuficiência²³⁶. O princípio da proximidade implica que as empresas processem os seus resíduos próximo do local em que são produzidos, o que vai determinar que os mercados geográficos relevantes sejam de dimensões mais reduzidas²³⁷. Isto tem maior relevância no âmbito do artigo 102.º TFUE pois significa que é mais fácil verificar-se uma posição dominante no mercado.

No caso da recolha geral de resíduos, os mercados podem ser de dimensão municipal devido às regras de contratação pública²³⁸. Noutros casos, a Comissão entendeu que a recolha de resíduos municipais, industriais e comerciais não perigosos, tinha um mercado nacional, dada a natureza móvel dos veículos de recolha²³⁹.

Por último, na definição do mercado geográfico relevante também podem ter influência as diferentes preferências e culturas nacionais. Num dos seus discursos, o Comissário Monti admitiu exatamente isso: “*Factors such as national preferences or preferences for national brands, language, culture and life style, and the need for a local presence are all important factors in defining the appropriate relevant geographic market.*”²⁴⁰. Tal pode levar à definição de diferentes mercados geográficos no caso de consumidores de determinados Estados-Membros, que têm maior preferência por produtos ecológicos, quando não é este o caso dos consumidores de outros Estados-Membros²⁴¹.

²³⁵ Sadeleer, N. d. (2014), p. 402.

²³⁶ Regulamento (CE) n.º 1013/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativo a transferências de resíduos, JO 2006 L 190/1;

²³⁷ Sadeleer, N. d. (2014), p. 402-403.

²³⁸ Processo COMP/M.4318, *Veolia/Cleanaway*, 21 de setembro de 2006.

²³⁹ Processo COMP/M.5901, *Montagu/GIP/Greenstar*, 8 de Agosto de 2010, parágrafo 18; Processo N.º IV/M.916 - *Lyonnaise des Eaux/Suez*; Processo n.º IV/M.1059, *Suez Lyonnaise des Eaux / BFI*, parágrafo 17; Processo COMP/M.5464; *Veolia Eau / Société des Eaux de Marseille / Société des Eaux d'Arles / Société Stéphanoise des Eaux*, parágrafo 30.

Na Suécia o mercado geográfico relevante do tratamento de resíduos perigosos é nacional dado o número reduzido de instalações capazes de proceder a esse tratamentp, sendo que as que existem recebem e tratam resíduos de toda a Suécia, *in* Processo COMP/M.2897, *Sita Sverige AB/Sydskraft Ecoplus*, parágrafo 14.

Nos Países Baixos a recolha de resíduos não perigosos também é de escopo nacional, *in* Processo COMP/M.4576, *AVR v Van Gansewinkel*, parágrafos 15 e 19.

²⁴⁰ SPEECH/01/439, Helsínquia, 5 de outubro de 2001.

²⁴¹ Kingston, S. (2012), p. 218-219.

7. Afetação do comércio entre Estados-Membros

O direito da concorrência europeu apenas se aplica quando a restrição concorrencial seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros. A Comunicação da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros decompõe o conceito de afetação do comércio em três elementos: o conceito de “comércio entre os Estados-Membros”; a noção de “suscetível de afetar”; o conceito de “carácter sensível”²⁴².

Quanto ao conceito de “comércio entre Estados-Membros”, este “não se limita às tradicionais trocas transfronteiriças de bens e serviços. Trata-se de um conceito mais amplo, que cobre toda a atividade económica transfronteiriça (...), o conceito de «comércio» abrange igualmente situações em que os acordos ou práticas afetam a estrutura concorrencial do mercado.”²⁴³.

A noção de «suscetível de afetar» consiste em definir a natureza do impacto necessário no comércio entre os Estados-Membros. Tal implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros²⁴⁴.

Na Comunicação sobre o conceito de afetação do comércio a Comissão explicou o sentido de “estrutura do comércio” como envolvendo os seguintes elementos: um grau de probabilidade suficiente, com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto; uma influência na estrutura do comércio entre os Estados-Membros; uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio²⁴⁵.

O último requisito é que apenas as restrições sensíveis do comércio entre os Estados-Membro é que são abrangidas pelo escopo das normas de direito da concorrência da UE²⁴⁶²⁴⁷. “A avaliação do carácter sensível é função das circunstâncias específicas de cada caso,

²⁴² Comunicação da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado JO 2004 C 101/07, parágrafo 18.

²⁴³ Ibid., parágrafos 19-20.

²⁴⁴ Ibid., parágrafo 23.

²⁴⁵ Ibid., parágrafo 24.

²⁴⁶ Acórdão C-22/71, *Béguelin Import* [1971], parágrafo 16.

²⁴⁷ M. N. Serens entende que o requisito de “restrição sensível” consiste numa redução teleológica do âmbito do artigo 101.º, n.º 1 TFUE que reflete a aceitação da “teoria da imanência”. “Na base desta teoria esteve precisamente a preocupação de não proibir jus-concorrencialmente o que não podia deixar de admitir-se jus-civilmente -pensava-se nas restrições à concorrência cuja existência pudesse ser considerada objectivamente

nomeadamente da natureza do acordo ou prática, da natureza dos produtos abrangidos e da posição de mercado das empresas em causa.”²⁴⁸. “Numa série de processos relativos a importações e exportações, o Tribunal de Justiça considerou que o requisito de «carácter sensível» estava satisfeito quando as vendas das empresas em causa representavam cerca de 5 % do mercado.”²⁴⁹.

Como intuito de explicitar quando não há uma restrição sensível da concorrência, a Comissão emanou uma Comunicação relativa a acordos de pequena importância²⁵⁰. Nesta Comunicação a Comissão quantifica as restrições da concorrência que não são consideradas sensíveis, recorrendo a limiares de quotas de mercado.

As consequências destes critérios são diversas. Desde logo, permite a não aplicação das normas da concorrência a restrições que envolvem empresas no mercado interno. Em segundo lugar, pode determinar a aplicação extraterritorial das normas de concorrência da UE a empresas fora do mercado interno, mas que, contudo, afetam a concorrência no mercado interno. Além disso, também pode excluir a aplicação das normas da concorrência da UE a restrições operadas por empresas europeias, mas cujos efeitos se sentem fora do mercado interno²⁵¹.

Quanto à primeira hipótese, a não aplicação das normas da concorrência a restrições que ocorram no mercado interno, tal pode acontecer ou porque a restrição não é sensível, ou porque não há um elemento transnacional, isto é, a restrição opera apenas dentro de um Estado-Membro, não afetando o comércio com outros Estados-Membros²⁵².

Aqui as considerações ambientais não têm qualquer papel especial. Estes critérios aplicam-se de igual forma às atividades ambientais e a quaisquer outras²⁵³.

necessária à realização de um contrato *neutro* em termos jus-concorrenciais.” In Serens, M. N. (2017). *Das Obrigações de Não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*. Almedina.

²⁴⁸ Comunicação da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio, parágrafo 45.

²⁴⁹ *Ibid.*, parágrafo 46.

²⁵⁰ Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis) JO 2001 C 368/07.

²⁵¹ Vedder, D. H. (2003), pp. 116-117.

²⁵² Porém, não nos podemos esquecer que nesta última situação não se exclui a possibilidade de aplicação das normas da concorrência nacionais.

²⁵³ Kingston, S. (2012), p. 223.

8. O artigo 101.º, n.º 1 TFUE

O artigo 101.º TFUE proíbe todas as práticas restritivas da concorrência, resultantes de um acordo entre duas ou mais empresas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Depreende-se que ações unicamente unilaterais por parte de uma empresa estão excluídas do âmbito de aplicação do artigo 101.º TFUE, mas podem ser abrangidas pelo artigo 102.º TFUE. De acordo com o n.º 2 deste artigo, tais acordos são considerados nulos. Mesmo antes da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003²⁵⁴, reconhecia-se a esta disposição efeito direto, o que conferia aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem tutelar²⁵⁵.

O artigo 101.º TFUE só é aplicável se todos os seus requisitos estiverem verificados. Os acordos não são proibidos em si mesmos, mas apenas se forem suscetíveis de afetar a concorrência no interior do mercado interno e nessa medida afetar de forma sensível o comércio intracomunitário²⁵⁶. Além disso, como já vimos quando falamos do conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros, não vale qualquer restrição da concorrência, mas apenas restrições sensíveis da concorrência e do comércio.

A análise de um acordo à luz do artigo 101.º TFUE está limitada à verificação dos efeitos anticoncorrenciais do mesmo, atuais ou potenciais, e não se produz efeitos pró-concorrenciais. A análise dos efeitos pró-concorrenciais é feita à luz do n.º 3 do artigo 101.º TFUE²⁵⁷. Por este motivo, entende-se que o n.º 1 do artigo 101.º TFUE não consagra qualquer balanço concorrencial (“*rule of reason*”).

O conceito de “restrição da concorrência”, por sua vez, levanta algumas dificuldades. Depreende-se das orientações relativas à aplicação do artigo 81.º, n.º 3 (hoje artigo 101.º, n.º 3) que há violação da proibição no n.º 1 do artigo 101.º TFUE quando o acordo diminui o bem-estar do consumidor. O objetivo do artigo 101.º, n.º 1 TFUE é

²⁵⁴ Regulamento (CE) n.º 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado JO L1/25.

²⁵⁵ Case C-242/95 *GT-Link* [1997], para. 57.

²⁵⁶ A Comissão entendeu que o artigo 81.º n.º1 CE (hoje artigo 101.º n.º 1 TFUE) só é aplicável quando o impacto do acordo sobre o comércio intracomunitário ou sobre a concorrência for sensível *in* Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*), [2001] JO C368/07.

²⁵⁷ Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal JO 2011 C 11/01, parágrafo 29.

“proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos”²⁵⁸.

8.1. Acordos, decisões e práticas concertadas

O artigo 101.º, n.º 1, TFUE exige a existência de um acordo, decisão ou prática concertada entre empresas. Este artigo aplica-se a todos os níveis de produção e distribuição, desde a investigação e desenvolvimento, até à venda.

O termo acordo não se limita aos contratos legalmente vinculativos, tendo um sentido mais amplo. Acordos informais são também abrangidos pela proibição²⁵⁹.

No caso *BP Kemi* considerou-se que existia um acordo apesar de este nunca ter sido assinado, pois as partes o implementaram²⁶⁰. No caso *Polypropylene*, a Comissão entendeu que existia um acordo, apesar de este ser oral, de não ter sanções contratuais ou processos de coação e de não ser vinculativo. A Comissão considerou que “um acordo existe, se as partes chegam a um consenso sobre um plano que limita ou é suscetível de limitar a sua liberdade comercial através da determinação de linhas de ação mútuas ou de abstenção no mercado”²⁶¹.

As decisões de associações de empresas, por sua vez, representam atos formalmente unilaterais – da associação –, mas que expressam uma orientação e vontade institucionais que traduzem o entendimento dos membros/associados e que, por isso, se subsumem ao conceito de ‘conduta coletiva’. Para efeitos do direito da concorrência, deve considerar-se decisões de associações de empresas todas as manifestações que reflitam a vontade de coordenação de comportamentos dos membros da associação no mercado (por exemplo, podem ser “decisões” neste sentido, os Estatutos da associação; quaisquer decisões vinculativas, orientações não vinculativas, diretrizes, circulares, recomendações, etc.)²⁶².

²⁵⁸ Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado JO 2004 C 101/08, parágrafo 13.

²⁵⁹ Acórdão C-209/78, *Heintz van Landewyck SARL e outros v. Comissão* [1980]

²⁶⁰ Decisão da Comissão 79/934/EEC *BP Kemi* [1979] JO 286/32.

²⁶¹ Decisão da Comissão 86/398/CEE *Proliproleno* [1986] JO L 230/1, parágrafo 81.

²⁶² *In* Autoridade da Concorrência. (22 de Maio de 2018). *Práticas colusivas*. Obtido de Autoridade da Concorrência:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx

As práticas colusivas englobam ainda as práticas concertadas. A prática concertada não reúne todos os elementos do acordo, mas resulta de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes²⁶³.

Relativamente à interpretação do conceito de prática concertada pelo TJUE, o acórdão *Dyestuffs* é pertinente. “Embora um paralelismo de comportamento não constitua obrigatoriamente uma prática concertada, constitui um sério indício da mesma, quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado. Tal é nomeadamente o caso quando o comportamento paralelo é suscetível de permitir aos interessados a procura de um equilíbrio dos preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência, e ainda a cristalização de situações adquiridas em detrimento da efetiva liberdade de circulação dos produtos no mercado comum e da livre escolha pelos consumidores dos seus fornecedores”²⁶⁴.

8.1.1. Acordos que têm por objetivo restringir a concorrência e acordos que têm por efeito restringir a concorrência

Deve ter-se em conta que o n.º 1 do artigo 101.º TFUE estabelece uma distinção entre acordos que têm por objetivo restringir a concorrência e acordos que têm por efeito restringir a concorrência.

“As restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência. As restrições por objetivo, como a fixação dos preços e a partilha do mercado, reduzem a produção e aumentam os preços, provocando uma deficiente afetação de recursos, na medida em que os

²⁶³ Hildebrand, D. (2009), p. 33.

²⁶⁴ Acórdão C-48/69, *ICI v. Comissão* [1979], parágrafos 66 e 67.

bens e serviços procurados pelos consumidores não são produzidos. São igualmente prejudiciais para o bem-estar dos consumidores, dado que os obrigam a pagar preços mais elevados pelos bens e serviços em causa.”²⁶⁵.

As restrições excluídas das isenções por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão são, regra geral, por ela consideradas como restrições por objetivo.

Qualquer acordo que tenha por objetivo restringir a concorrência é abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, mesmo se trate de acordos que visam fins públicos, incluindo os acordos ambientais.

Quanto aos acordos que têm por efeito restringir a concorrência, dever-se-á analisar os seus efeitos restritivos, efetivos e potenciais. “Para que um acordo seja restritivo em termos de efeitos deve afetar a concorrência real ou potencial a ponto de permitir esperar, com um grau de probabilidade razoável, efeitos negativos no mercado relevante a nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços.” Mais uma vez, esses efeitos negativos devem ser sensíveis²⁶⁶.

8.1.2. O conceito de restrição sensível

A necessidade de uma restrição sensível da concorrência no mercado interno, para a consequente aplicação do artigo 101.º TFUE, foi defendida no acórdão *Völk v. VervaeckeI*, no qual o tribunal entendeu que o artigo 85.º (hoje artigo 101.º TFUE) do Tratado CE não abrangeria acordos que apenas afetam o mercado de modo insignificante²⁶⁷.

Esta visão da Comissão está igualmente vertida na sua comunicação relativa aos acordos de pequena importância²⁶⁸, na medida em que neste contexto estabeleceu quotas de mercado para aferir se a restrição é ou não sensível.

No que toca a acordos verticais (acordos entre empresas que se situam em níveis diferentes da produção e que, portanto, não são concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados), quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo

²⁶⁵ Ibid., parágrafo 20 e 21.

²⁶⁶ Ibid., parágrafo 24.

²⁶⁷ Acórdão C-5/69, *Völk v. VervaeckeI* [1969], parágrafos 5 a 7.

²⁶⁸ Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia JO 2001 C 368/07.

não ultrapassar os 30 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, este não será abrangido pelo artigo 101.º TFUE²⁶⁹. Relativamente aos acordos horizontais (entre empresas no mesmo nível de produção que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados), o limite é posto nos 10% de quota de mercado agregada²⁷⁰. Além disto, existem certos tipos de restrições que se consideram sensivelmente restritivas da concorrência, independentemente da quota de mercado das partes²⁷¹.

Assim sendo, temos dois critérios de restrição sensível: um critério quantitativo da restrição sensível que depende da quota de mercado das partes e um critério qualitativo que se articula com a natureza da restrição em causa²⁷².

8.1.2.1. Critério quantitativo de restrição sensível

Como foi dito, o critério quantitativo da sensibilidade da restrição depende das quotas de mercado das partes, tal como estabelecido na comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância.

Relativamente ao contexto ambiental, a Comissão na comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º (hoje artigo 101.º TFUE) do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal, no capítulo 7, apresenta o seu entendimento relativamente aos acordos em matéria de ambiente e distingue três tipos de acordos. Os acordos em matéria de ambiente dividem-se em acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º, acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º e acordos suscetíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º. Quanto a estes últimos, os acordos suscetíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º, o critério usado para determinar se o acordo será ou não proibido parece ser a quota de mercado²⁷³.

A confirmar esta posição, existem alguns acordos em que a Comissão aplicou este critério quantitativo, nomeadamente o acordo CECED, ao qual foi entendido aplicar-se o

²⁶⁹ Artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento (EU) n.º 330/2010, da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO 2010 L 102/1.

²⁷⁰ Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, parágrafo 7.

²⁷¹ Ibid., parágrafo 11.

²⁷² Vedder, D. H. (2003), p. 139.

²⁷³ Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafos 189 - 191.

artigo 101.º TFUE, devido ao facto de as partes deterem mais de 95% do mercado²⁷⁴. Igualmente, no caso que envolveu um acordo da Associação Europeia dos Fabricantes de Equipamento Eletrónico de Consumo (EACEM), com vista à redução do consumo de energia, a Comissão excetuou-o da proibição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE²⁷⁵. Tal significa que, primeiramente, o acordo foi abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º devido ao facto de as partes do acordo possuírem 64% do mercado relevante²⁷⁶.

Isto demonstra a relevância da quota de mercado ao determinar se um acordo é ou não abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º TFUE²⁷⁷.

8.1.2.2. Critério qualitativo de restrição sensível

Segundo o critério qualitativo da restrição sensível, a restrição será ou não sensível dependendo na natureza ou qualidade da mesma. Um exemplo da aplicação deste conceito de restrição sensível é a decisão da Comissão do caso *APB*²⁷⁸. No caso em questão trata-se de um acordo entre os membros de uma associação de farmacêuticos belga com vista a criar um selo de qualidade. Ora, a Comissão entendeu que o artigo 101.º TFUE não se aplicaria, pois nada impede os outros distribuidores de criarem o seu próprio sistema de controlo e de selos de qualidade, e porque a qualidade do produto parafarmacêutico é um meio de concorrência, entre outros²⁷⁹. O que está em causa é, exatamente, a natureza da restrição²⁸⁰.

Na Comunicação da Comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE parece que a Comissão adota este critério qualitativo da sensibilidade da restrição quando se refere aos acordos que quase sempre são abrangidos pelo artigo 81.º, n.º 1 (hoje artigo 101.º, n.º 1, TFUE). Mais relevante, é o facto de a Comissão entender que existem acordos que não restringem sensivelmente a concorrência de um ponto de vista qualitativo. Nos termos da Comunicação, existem acordos que não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE, independentemente das quotas de mercado das partes. Tal pode ocorrer quando nenhuma

²⁷⁴ Decisão da Comissão 2000/475/EC, *CECED* [2000] JO L 187/47, parágrafo 42.

²⁷⁵ Comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho relativa ao processo n.º IV/C-3/36.494 — compromisso de poupança de energia apresentado pela EACEM JO 98 C 12/02.

²⁷⁶ *Ibid.*, parágrafo 4.

²⁷⁷ Vedder, D. H. (2003), pp. 140-141.

²⁷⁸ Decisão da Comissão 90/33/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE [1990] L 18/35.

²⁷⁹ *Ibid.*, parágrafo 41.

²⁸⁰ Vedder, D. H. (2003), p. 142.

obrigação individual precisa é imposta às partes, pois existem vários meios disponíveis para se atingirem os fins do acordo, ou quando estas só estão comprometidas de forma flexível à realização de um objetivo ambiental estabelecido para o conjunto de um sector²⁸¹. Outra hipótese, prevista na comunicação da Comissão, respeita a acordos que definem o desempenho ecológico de produtos ou processos que não afetam significativamente a diversidade dos produtos e da produção no mercado relevante ou que só influenciam reduzidamente as decisões de compra. Quando o acordo visar que certas categorias de um determinado produto sejam eliminadas, imediata ou progressivamente, do mercado, considera-se que tal não dá origem a restrições importantes, desde que essas categorias representem apenas uma parte reduzida do mercado geográfico relevante²⁸².

No caso *ACEA* entendeu-se que o acordo em causa não restringia significativamente a concorrência. A explicação é que as partes apenas acordaram na redução das emissões de um sector inteiro, ou seja, não impendiam obrigações específicas sobre nenhum membro individual. Além disso, os meios para atingir o fim estabelecido foram deixados inteiramente à escolha das partes²⁸³. Na decisão *CECED*, apesar de a decisão ter sido a contrária e se ter entendido que o acordo restringia de forma sensível a concorrência, o critério aplicado foi semelhante. Mesmo as partes do acordo detendo 95% do mercado relevante, a Comissão avaliou se havia efeitos restritivos qualitativamente sensíveis na concorrência e comércio entre os Estados-Membros. A Comissão entendeu, então, que o consumo de energia elétrica constitui um critério de compra não negligenciável²⁸⁴.

8.1.3. Doutrina da restrição ancilar (“*the ancillary restraint doctrine*”)²⁸⁵

Em alguns casos, o Tribunal de Justiça sustentou que apesar do acordo implicar restrições à concorrência, não se estava a infringir o artigo 101.º n.º 1 TFUE, pois essas restrições não iam além do que era necessário para se atingir um fim legítimo.

²⁸¹ Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 185.

²⁸² *Ibid.*, parágrafo 186.

²⁸³ Comunicado de Imprensa da Comissão IP/98/865. “The Commitment does not impose a target on the individual manufacturers, but only an over-all average target for all ACEA members. Individual ACEA members are free to apply more stringent as well as less stringent levels of CO2 emissions provided that the average target is met. (...)”.

²⁸⁴ Decisão da Comissão 2000/475/EC, *CECED*, parágrafo 42.

²⁸⁵ Sobre a evolução da doutrina da restrição ancilar na *common law* ver Serens, M. N. (2007), p. 364, nota 756.

A doutrina da restrição ancilar surgiu nos Estados Unidos no caso *U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co.*²⁸⁶, no qual se permitiu uma restrição do comércio que era meramente auxiliar do verdadeiro propósito do acordo, e necessária para proteger os legítimos interesses das partes²⁸⁷. O juiz Taft considerou que um acordo restritivo da concorrência seria lícito à luz do *Sherman Act* se fosse “acessório”, isto é, “subordinado e colateral a uma outra transacção legítima, e necessário para tornar essa mesma transacção efectiva. A medida da não-concorrência que, por essa forma, passava a ser admitida, associada como estava à existência de um outro contrato, só poderia ser determinada caso a caso, e à luz do objecto desse mesmo contrato.”²⁸⁸

No contexto europeu, no acórdão *Société Technique Minière*, o Tribunal de Justiça entendeu que o acordo, que conferia exclusividade a um distribuidor, o que implica uma restrição da concorrência, não infringia o disposto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, quando fosse necessário para “a penetração de uma empresa numa zona em que não operava”. “Para apreciar se um contrato que contém uma cláusula que «atribui um direito exclusivo de venda» se deve considerar proibido por causa do seu objetivo ou do seu efeito, há que tomar em consideração, designadamente, a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objeto do acordo, (...)”²⁸⁹.

No acórdão *Gøttrup-Klim*, o TJUE entendeu que “uma associação cooperativa de compra, que proíbe os seus membros de fazerem parte de outras formas de cooperação organizada em concorrência direta com ela, não é atingida pela proibição prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, desde que essa disposição estatutária se limite ao necessário para assegurar o bom funcionamento da cooperativa e para manter o seu poder contratual em relação aos produtores.”²⁹⁰.

No acórdão *Albany*, o TJUE sustentou que, em princípio, os acordos coletivos concluídos entre organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores não eram abrangidos pela disposição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. No entender do tribunal

²⁸⁶ *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

²⁸⁷ As palavras do juiz Taft foram que “*No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party.*”

²⁸⁸ Serens, M. N. (2007), pp. 363-364. Ver ainda Serens, M. N. (2017). *Das Obrigações de Não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*. Almedina, pp. 85-86.

²⁸⁹ Acórdão C-56/65, *Société Technique Minière* [1966].

²⁹⁰ Acórdão C-250/92, *Gøttrup-Klim* [1994], parágrafo 45.

“os objetivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho.”²⁹¹.

No acórdão *Wouters* um advogado holandês foi proibido de exercer a advocacia numa sociedade de contabilistas, devido às regras da Ordem dos Advogados Holandeses, que proibia os advogados de estabelecerem parcerias com não-advogados. O Tribunal de Justiça reconheceu que esta situação restringia a concorrência, todavia entendeu que não violava o artigo 101.º, n.º 1, TFUE pois “a referida regulamentação, apesar dos efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, é necessária para o bom exercício da profissão de advogado”²⁹².

De modo semelhante, no acórdão *Meca-Medina* o TJUE entendeu que mesmo que a regulamentação antidopagem deva ser considerada uma decisão de associação de empresas que limita a liberdade de ação dos atletas, ela não constitui uma restrição da concorrência na aceção do artigo 101.º TFUE, pois é justificada por um objetivo legítimo. “Tal limitação é inerente à organização e ao bom desenrolar da competição desportiva e visa, precisamente, assegurar uma sã rivalidade entre os atletas.”²⁹³.

Isto é, se um determinado acordo é benéfico para a concorrência, as restrições e obrigações por ele impostas não são abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, se forem inerentes ao acordo. Uma restrição ancilar é qualquer restrição diretamente relacionada e necessária à implementação de uma medida principal não restritiva, e que seja a ela proporcional. Sem a restrição ancilar o acordo não teria sido concluído. Uma restrição está diretamente relacionada com a medida principal se estiver subordinada à implementação dessa medida e esteja inseparavelmente a ela ligada²⁹⁴.

Reconhece-se que a proteção dos legítimos interesses das partes de um acordo pode melhorar a eficiência das transações comerciais e as condições concorrenciais. Como tal, as restrições que se limitam ao necessário para proteger esses interesses não são consideradas nulas. Tal não se deve ao facto dos seus efeitos pró-concorrenciais superarem os efeitos

²⁹¹ Acórdão C-67/96, *Albany* [1999] parágrafos 59-60.

²⁹² Acórdão C-309/99, *Wouters and others v. Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten* [2002], parágrafo 110.

²⁹³ Acórdão C-519/04 P, *Meca-Medina e Majcen/Comissão* [2006], parágrafo 45.

²⁹⁴ Hildebrand, D. (2009), p. 245.

anticoncorrenciais, mas porque se entende que permitir às partes a proteção dos seus interesses, tem como resultado o aumento da eficiência e da concorrência²⁹⁵. É neste aspeto que a doutrina da restrição ancilar se distingue da exceção do artigo 101.º, n.º 3, TFUE, pois este último visa analisar os benefícios económicos produzidos por um determinado acordo, relativamente aos seus efeitos restritivos, e a sua aplicação está sujeita à satisfação de quatro requisitos previstos nesse artigo.

Permite-se assim balancear legítimos objetivos não concorrenciais com os efeitos potencialmente restritivos de determinadas medidas de um acordo.

A questão que agora se coloca é se esta doutrina da restrição ancilar pode ser aplicada por analogia aos acordos ambientais.

Existe quem entenda que tal não deve suceder e que a doutrina da restrição ancilar deverá ser aplicada apenas a circunstâncias circunscritas, nomeadamente acordos coletivos e autorregulação das associações profissionais, tal como nos acórdãos *Albany e Wouters*, portanto, inaplicável aos acordos ambientais²⁹⁶.

No acórdão *Albany*, o argumento jurisprudencial está limitado à esfera social, e no acórdão *Wouters*, o argumento está igualmente confinado aos casos em que a autorregulação por parte de uma associação profissional é legítima, dada a natureza da atividade²⁹⁷. No primeiro caso as restrições eram inerentes ao acordo, e na sua ausência o acordo não teria sido alcançado. O tribunal alcançou um equilíbrio entre concorrência e política social, estabelecendo que as restrições inerentes aos acordos coletivos, quando proporcionais aos objetivos, ficam fora do âmbito do n.º 1 do artigo 101.º TFUE²⁹⁸. No acórdão *Wouters* entendeu-se que restrições necessárias ao asseguramento do bom exercício da profissão, também não seriam abrangidas pelo artigo 101.º n.º 1 TFUE.

Não parece haver qualquer razão para limitar a aplicação desta doutrina apenas a estes dois campos. Portanto, quando uma restrição concorrencial é objetivamente necessária, de modo que sem ela o acordo não teria sido alcançado (*Albany*), ou é necessária para levar a cargo uma tarefa regulatória ambiental (*Wouters*), é possível interpretar o n.º 1 do artigo

²⁹⁵ Jebelli, K. H. (01 de Junho de 2010). EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach to Article 101(1). doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2166318>

²⁹⁶ Loozen, E. (2006). Professional ethics and restraints of competition. *European Law Review*, n.º 31(1), 28-47, p. 46.

²⁹⁷ Kingston, S. (2012), p. 236.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 237.

101.º do TFUE de modo a favorecer a proteção ambiental²⁹⁹, sendo que quando houver um conflito com os objetivos concorrenciais tal deve ser resolvido pelo princípio de proporcionalidade³⁰⁰.

8.2. A proibição do n.º 1 do artigo 101.º TFUE e os acordos ambientais

Os acordos ambientais são um instrumento cada vez mais utilizado, especialmente no sector da gestão de resíduos. Estes acordos podem ser bastante variados devido às autoridades envolvidas (locais, regionais, nacionais ou europeias), às obrigações (impostas ou voluntárias), aos objetivos (gerais, qualitativos ou quantitativos) e às partes (podem ser acordos horizontais entre todos os produtores de uma categoria específica de resíduos, ou acordos verticais entre os produtores de embalagens, os distribuidores, recolectores e responsáveis pela sua processamento, tratamento e eliminação)³⁰¹.

Os acordos ambientais têm diversos fins, podem visar o abandono por parte de toda a indústria de um método de produção obsoleto, desenvolver novas tecnologias, promover entre os consumidores uma imagem amiga do ambiente, ou mesmo a antecipação ou substituições de regulações vinculativas por procedimentos de autorregulação. Ao aumentar a qualidade do produto, estes acordos permitem um aumento da escolha do consumidor, aumentar o *know-how*, e aumentar a inovação³⁰².

Como vimos anteriormente, na comunicação de 2002 sobre Acordos Ambientais, a Comissão definiu-os como “acordos nos termos dos quais as partes interessadas se comprometem a obter uma redução da poluição, na aceção da legislação em matéria de ambiente, ou a alcançar os objetivos ambientais previstos no artigo 174.º do Tratado (hoje artigo 191.º TFUE)”. Na comunicação de 2001 sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado aos acordos de cooperação horizontal³⁰³, que continha um capítulo sobre acordos ambientais, afirmou que nestes “o objetivo ou as medidas objeto do acordo devem estar diretamente ligados à redução de um poluente ou de um tipo de resíduos identificados como tal na

²⁹⁹ Em sentido contrário ver Loozen, E. (2006), p. 46.

³⁰⁰ Ibid., p. 240.

³⁰¹ Sadeleer, N. d. (2014), p. 406.

³⁰² Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal JO 2011 C 11/01.

³⁰³ Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal JO 2001 C 3/02.

regulamentação em causa”³⁰⁴. Todavia, na comunicação de 2011 sobre os acordos de cooperação horizontal³⁰⁵ já não apresenta um capítulo dedicado aos acordos ambientais, assim como a comunicação de 2000 sobre as restrições verticais³⁰⁶.

Como também já vimos, os acordos ambientais podem ser de dois tipos: de autorregulação, quando são as próprias empresas de forma voluntária que estabelecem o acordo, e de correção, quando é o legislador a estabelecer os pontos essenciais da regulação.

Para a aplicação do artigo 101.º TFUE não é necessário que o acordo seja legalmente vinculativo, bastando que haja uma intenção comum que dá origem a uma obrigação. De relembrar que para acionar o artigo 101.º TFUE o acordo, decisão ou prática concertada devem ser voluntários, o que exclui os acordos ambientais de correção³⁰⁷.

O que nos propomos agora analisar é como o direito da concorrência europeu, tendo em conta o princípio de integração ambiental, deverá reagir a acordos que visam atingir objetivos previstos no artigo 191.º do Tratado e que, simultaneamente, restringem a concorrência.

A comunicação da Comissão de 2001, relativa à aplicação do artigo 81.º TCE aos acordos de cooperação horizontal, continha um capítulo dedicado aos acordos em matéria de ambiente. Todavia, este capítulo foi excluído nas novas orientações de 2010, relativas à aplicação do artigo 101.º TFUE, aos acordos de cooperação horizontal. Nestas últimas Orientações, a Comissão apenas profere aconselhamento relativamente aos acordos ambientais padrão. Contudo, a Comissão emitiu um comunicado em que explica que a exclusão do capítulo sobre acordos ambientais não implica qualquer desvalorização do que foi estabelecido nas orientações anteriores relativamente a estes acordos³⁰⁸.

Na Comunicação da Comissão de 2001 relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal, a Comissão estabeleceu alguns critérios de modo a distinguir entre acordos ambientais que são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, e os que ficam de fora desta disposição. Distinguiu-se três tipos de acordos: acordos não abrangidos

³⁰⁴ Ibid., parágrafo 179.

³⁰⁵ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal JO 2011/C 11/01.

³⁰⁶ Comunicação da Comissão relativa às restrições verticais JO 2000 C 291/01.

³⁰⁷ Kingston, S. (2012), p. 227.

³⁰⁸ Comunicado de Imprensa MEMO/10/676, 14 de dezembro de 2010.

pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE, acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE e acordos suscetíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE³⁰⁹.

Nos termos das orientações de 2001, um acordo ambiental não infringe o disposto no artigo 101.º TFUE em três situações, independentemente da quota de mercado detida pelas partes. A primeira hipótese será quando nenhuma obrigação individual precisa é imposta às partes ou quando estas só estão comprometidas de forma flexível à realização de um objetivo ambiental estabelecido para o conjunto de um sector. Quanto mais diversos são estes meios menos serão importantes os efeitos restritivos potenciais³¹⁰. No caso ACEA, a Comissão entendeu que o compromisso da Associação Europeia de Fabricantes de Automóveis (ACEA) em reduzir significativamente as emissões de CO₂ dos carros novos, definiu os objetivos a atingir de forma vaga, dando discricionariedade suficiente às empresas membros da associação. Cada produtor de automóveis tinha a liberdade de estabelecer o seu padrão de emissões. Portanto, não se considerou que este acordo restringisse a concorrência. A justificação é, exatamente, que as partes tinham apenas acordado relativamente ao nível de emissões para o sector, mas cada uma das partes era livre de decidir de que forma iria atingir esse objetivo³¹¹.

A segunda situação prevista é relativa a acordos que definem o desempenho ecológico de produtos ou processos que não afetam significativamente a diversidade dos produtos e da produção no mercado relevante ou que só influenciam reduzidamente as decisões de compra³¹². O último tipo de acordos excluído da aplicação do artigo 101 n.º1 são os acordos que dão origem a um novo mercado, como, por exemplo, os acordos de reciclagem, os quais geralmente não restringem a concorrência pois, as partes não estão em condições de realizar as atividades em causa isoladamente e, portanto, não existe qualquer outra alternativa possível ou qualquer outro concorrente³¹³. Relativamente a esta última hipótese, as orientações de 2010 relativas aos acordos de cooperação horizontal estabelecem que não é provável que se verifique uma limitação direta da concorrência “se a cooperação der origem a um novo mercado, ou seja, se o acordo permitir que as partes lancem um novo

³⁰⁹ Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafos 184 e ss.

³¹⁰ Ibid., parágrafo 185.

³¹¹ Comunicado de Imprensa IP/98/865 de 6 de outubro de 1998.

³¹² Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 186.

³¹³ Ibid., parágrafo 187.

produto ou serviço que (...), de outra forma não estariam em condições de lançar, por exemplo, devido à sua capacidade técnica”³¹⁴.

Contrariamente, os acordos em matéria de ambiente irão quase sempre ser abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, quando a cooperação sirva de instrumento para um acordo dissimulado, abrangendo-se a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição de mercados, ou se a cooperação servir de instrumento no âmbito de um acordo restritivo mais amplo que visa excluir do mercado concorrentes existentes ou potenciais³¹⁵. Foi este o caso do acordo *VOTOB*, que consistia num acordo entre seis empresas holandesas, cujo objetivo a Comissão entendeu ser um encargo ambiental fixo sobre consumidores, devido ao custo de armazenamento de resíduos químicos. A Comissão entendeu que estávamos perante uma fixação horizontal de preços³¹⁶.

Finalmente, temos os chamados “*bordeline cases*”, isto é, acordos que são suscetíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE, dependendo dos seus efeitos no mercado relevante em causa. Os acordos em matéria de ambiente que abrangem uma grande parte de um sector, quer a nível nacional, quer a nível comunitário, tal como aqueles que visam reduzir ou afetar significativamente a produção de terceiros, quer sejam fornecedores quer compradores, são também passíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE, devido ao impacto potencial na concorrência³¹⁷. Neste âmbito é que a doutrina da restrição ancilar será útil. Quando uma restrição for inerente à prossecução de um objetivo de proteção ambiental estabelecido no acordo, de modo que o acordo não teria sido concluído sem ela (*Albany*), ou quando a restrição for necessária para levar a cabo uma tarefa ambiental regulatória (*Wouters*), poderá não ser abrangida pelo n.º 1 do artigo 101.º TFUE³¹⁸.

Existem vários tipos de acordos que podem ser aqui incluídos. Temos desde logo, os chamados acordos de normalização, ou seja, acordos que definem requisitos técnicos ou de qualidade que os produtos, processos ou métodos de produção atuais ou futuros, devem satisfazer e que afetam significativamente uma percentagem importante das vendas das partes no que diz respeito aos seus produtos ou processos de produção³¹⁹. Em princípio, os acordos de normalização têm efeitos positivos ao promoverem a interpenetração económica

³¹⁴ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE, parágrafo 163.

³¹⁵ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 188.

³¹⁶ XXII Relatório sobre a Política de Concorrência, parágrafos 177-186.

³¹⁷ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 189.

³¹⁸ Kingston, S. (2012), p. 247.

³¹⁹ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 190.

no mercado interno e ao incentivarem o desenvolvimento de produtos/mercados novos e aperfeiçoados e a melhoria das condições da oferta³²⁰. No entanto, a fixação de normas pode, em determinadas circunstâncias, também dar origem a efeitos restritivos da concorrência, através de uma restrição potencial da concorrência a nível dos preços ou da limitação ou controlo da produção, dos mercados, da inovação ou do desenvolvimento tecnológico³²¹.

No caso CECED, a Comissão entendeu que o acordo estabelecido entre os principais produtores e importadores de máquinas de lavar para estabelecer padrões de eficiência energética, era restritivo da concorrência devido ao facto de as partes do acordo deterem 90 % do mercado relevante³²². Um exemplo de outro caso “*bordeline*” seria a criação de um rótulo ecológico³²³, ou o estabelecimento de determinados padrões ambientais para determinados produtos. Se estes acordos forem estabelecidos de forma voluntária, entre os principais importadores de forma aberta e transparente, se os custos de mudança forem reduzidos e as especificações técnicas da norma estiverem acessíveis aos novos participantes no mercado, aos importadores e a todos os fornecedores de embalagens, não haverá violação do nº1 do artigo 101.º TFUE³²⁴.

Um outro tipo de acordos “*bordeline*” são os acordos de produção³²⁵. A título de exemplo podemos mencionar o acordo *Ford/Volkswagen*, no qual estes dois fabricantes de automóveis se juntaram para formar uma “*joint venture*” e assim desenvolver em conjunto carros mais ecológicos³²⁶. Os acordos de produção podem conduzir a uma restrição direta da concorrência entre as partes, pois podem levar as partes a alinhar diretamente os níveis de produção, a qualidade, os preços a que a empresa comum vende os seus produtos ou outros parâmetros concorrenciais igualmente importantes³²⁷. Porém, “não é provável que os acordos de produção entre empresas que são concorrentes nos mercados em que se realiza a cooperação tenham efeitos restritivos da concorrência, se a cooperação der origem a um

³²⁰ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE, parágrafo 263.

³²¹ *Ibid.*, parágrafo 264.

³²² Decisão da Comissão 2000/475/EC *CECED* [2000] L 187/47.

³²³ No seguimento do que dissemos no início deste trabalho, a ideia de um rótulo ecológico não é propriamente inovadora. Já no século XIX os empresários criaram as chamadas “*marcas operárias*”, que visavam identificar os produtos que tinham sido produzidos com respeito pelas condições de trabalho previstas pelos contratos coletivos e, como tal, visavam que os consumidores preferissem estes produtos ao invés daqueles que não ostentavam qualquer rótulo. A ideia por detrás dos rótulos ecológicos é em tudo semelhante. O objetivo é que os “*consumidores éticos*” prefiram os produtos que ostentam estes rótulos, face aos que não ostentam, tornando-se assim, um fator distintivo na concorrência. *In Serens, M. N. (2007), pp. 1157-1158.*

³²⁴ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do artigo 101º do TFUE, parágrafo 331.

³²⁵ *Ibid.*, parágrafo 150 e ss.

³²⁶ Decisão da Comissão 93/49/CEE *Ford/Volkswagen* [1993] L 20/14.

³²⁷ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do artigo 101º do TFUE, parágrafo 157.

novo mercado, ou seja, se o acordo permitir que as partes lancem um novo produto ou serviço que, com base em fatores objetivos, de outra forma não estariam em condições de lançar, por exemplo, devido à sua capacidade técnica”³²⁸.

Um terceiro exemplo são os acordos em que se designa uma empresa como prestadora exclusiva de serviços de recolha e/ou de reciclagem para os seus produtos, quando existem outros prestadores potenciais, efetivos ou previsíveis, para esses mesmos serviços³²⁹. Estes talvez constituam os acordos ambientais mais relevantes³³⁰.

³²⁸ Ibid., parágrafo 163.

³²⁹ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 191.

³³⁰ Kingston, S. (2012), p. 251. Mais desenvolvidamente sobre os acordos de recolha e/ou reciclagem de resíduos, Boute, A. (2006). Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Commission’s Approach for Packaging Waste Management Systems. *RECIEL*, n.º 15(2), 146-159.

9. A exceção à proibição do artigo 101.º n.º 3 TFUE

O n.º 3 do artigo 101.º TFUE estabelece uma exceção à proibição do n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, as práticas restritivas da concorrência que, normalmente, seriam proibidas pelo n.º 1, poderão ser excetadas desde que os seus benefícios para o mercado interno ultrapassem a desvantagens criadas para a concorrência.

Os acordos que restringem a concorrência, pelo facto de gerarem ganhos de eficiência, poderão ter efeitos pró-concorrenciais, nomeadamente por reduzirem custos de produção, maior qualidade do produto ou por se tratar de um produto novo. Sendo os efeitos pró-concorrenciais superiores aos efeitos anticoncorrenciais, o acordo é globalmente pró-concorrencial e, portanto, compatível com os objetivos das regras comunitárias da concorrência³³¹.

A lógica do artigo 101.º, n.º 3, TFUE é que determinados acordos, apesar de restritivos da concorrência, podem compensar os seus efeitos anticoncorrenciais ao trazerem vantagens à realização do mercado interno, e como tal, deverão ser tolerados.

Contrariamente ao procedimento anterior, no qual a Comissão tinha de ser notificada e sendo esta a única com competência para excetuar o acordo à luz do n.º 3 do artigo 101.º TFUE, este parágrafo é atualmente, depois do Regulamento (CE) n.º 1/2003, diretamente aplicável. Consequentemente, o ónus da prova recai sobre a empresa ou empresas que invocam o benefício da referida disposição³³². Deste modo, é relevante para o nosso estudo a jurisprudência dos tribunais europeus anterior à entrada em vigor do referido regulamento.

A aplicação da exceção prevista no artigo 101.º TFUE n.º 3, deve obedecer a quatro condições cumulativas, duas positivas e duas negativas:

- O acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico;
- Deve ser reservada aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante;

³³¹ Comunicação - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO 2004 C 101/97, parágrafo 33.

³³² Artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado JO 2003 L 1/1, e Comunicação da Comissão sobre a aplicação do artigo 101º do TFUE, parágrafo 48.

- As restrições devem ser indispensáveis à consecução desses objetivos;
- O acordo não deve dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

O n.º 3 do artigo 101.º pode ser aplicado a acordos individuais ou a categorias de acordos, mediante um regulamento de isenção por categoria. No caso dos acordos abrangidos por isenções por categoria, as partes num acordo restritivo ficam dispensadas, por força do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, da obrigação de demonstrar que o seu acordo específico satisfaz cada uma das condições enunciadas no n.º 3 do artigo 101.º, pois presume-se que satisfaz. Têm apenas que demonstrar que o acordo restritivo beneficia de uma isenção por categoria. A aplicação do n.º 3 do artigo 101.º a categorias de acordos, mediante regulamentos de isenção por categoria, baseia-se no pressuposto de que os acordos restritivos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 101³³³.

Contudo, não existe qualquer isenção por categoria para acordos em matéria de ambiente, mas como é óbvio, determinados acordos em matéria de ambiente poderão ser abrangidos por outras isenções de categoria já existentes, tal como a isenção relativa a determinadas categorias de acordos verticais (Regulamento (CE) n.º 330/2010), isenção relativa a determinadas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento (Regulamento (CE) n.º 1217/2010), e isenção relativa a certas categorias de acordos de especialização (Regulamento (CE) n.º 1218/2010).

Numa primeira análise dos requisitos do artigo 101.º n.º 3 TFUE pode parecer que não há lugar a quaisquer considerações ambientais, pois não lhes é feita qualquer referência. Todavia, tal seria uma violação do já analisado princípio da integração ambiental, que implica que as exigências em matéria de proteção ambiental sejam integradas na definição e execução das políticas e ações da Comunidade, de modo a promover um desenvolvimento sustentável. Portanto, de seguida iremos estudar os objetivos que se visam atingir com o n.º 3 do artigo 101.º TFUE e como é que a proteção ambiental poderá ser aí integrada.

³³³ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 35. As orientações relativas à aplicação do artigo 101.º TFUE (parágrafos 48-49) e as orientações relativas às restrições verticais (parágrafo 112) vão no mesmo sentido.

9.1. 1ª Condição: contribuição para a melhoria da produção ou distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico

A análise desta primeira condição é a que se revela de maior importância no que toca aos acordos em matéria de ambiente. De acordo com este primeiro requisito, o acordo restritivo deverá contribuir para a melhoria da produção ou distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico.

Do ponto de vista ambiental, a análise desta questão centra-se em saber se os benefícios ambientais podem ser considerados benefícios económicos. A partir das orientações relativas à aplicação do artigo 101.º n.º 3 TFUE parece que a resposta é negativa. A comissão entende que os ganhos de eficiência devem ser benefícios económicos objetivos³³⁴.

Segundo as orientações, os ganhos de eficiência resultam “de uma integração das atividades económicas que passa pela combinação dos ativos das empresas, de modo a que estas possam alcançar, em conjunto, aquilo que mais dificilmente alcançariam isoladamente ou pela delegação noutra empresa de tarefas cuja realização pode ser mais eficientemente assegurada por essa empresa”³³⁵.

A Comissão distingue entre ganhos de eficiência em termos de custos e ganhos de eficiência de natureza qualitativa através, dos quais é criado valor sob a forma de produtos novos ou melhorados, maior variedade de produtos, etc.³³⁶. Eficiência em termos de custos pode advir, por exemplo, do desenvolvimento de novas tecnologias e métodos de produção, sinergias resultantes de ativos já existentes, ou economias de escala ou de gama³³⁷. Já os ganhos de eficiência de natureza qualitativa podem resultar de acordos de investigação e desenvolvimento, combinação de ativos que originam poupanças de custos e acordos de distribuição³³⁸.

Além disso, estes benefícios não podem ser avaliados de um ponto de vista subjetivo das partes, o que significa que um aumento do lucro das partes é irrelevante³³⁹.

³³⁴ Ibid., parágrafo 59.

³³⁵ Ibid., parágrafo 60.

³³⁶ Ibid., parágrafo 59.

³³⁷ Ibid., parágrafos 64-67.

³³⁸ Ibid., parágrafos 69-72.

³³⁹ Ibid., parágrafo 49.

Todas as alegações de ganhos de eficiência devem ser fundamentadas, para se verificar a natureza dos ganhos alegados, a relação entre o acordo e os ganhos de eficiência, a probabilidade e a magnitude de cada um dos alegados ganhos de eficiência assim como e quando se produzirá cada um dos alegados ganhos de eficiência³⁴⁰.

Parece, portanto, que a posição da Comissão nas orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º TFUE é a de que se não for possível traduzir um objetivo não-económico em ganhos de eficiência, este será apenas auxiliar na verificação da primeira condição³⁴¹.

A Comissão baseia a sua posição por referência ao acórdão *Matra*³⁴², no qual sustentou que o impacto da *joint venture* nas infraestruturas públicas, no emprego e integração europeia não seria suficiente para uma isenção, a não ser que os requisitos do artigo 101.º, n.º 3 estivessem preenchidos, mas seria sempre um elemento a ter-se em conta³⁴³. A Comissão abre claramente a porta para que sejam tidos em conta outros fatores que não apenas aqueles estabelecidos no n.º 3 do artigo 101.º TFUE³⁴⁴.

Contrariamente à posição da Comissão, o TJUE no Acórdão *Metro I* sustentou que objetivos de natureza diferente daqueles de uma concorrência eficaz são conciliáveis com restrições de concorrência, quando proporcionais³⁴⁵. Esta posição foi novamente confirmada no acórdão *Metro II*³⁴⁶.

Nas orientações da Comissão de 2001 relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado, a Comissão admite que os benefícios ambientais poderiam, por si mesmos, satisfazer as condições de aplicação do artigo 81.º, n.º 3 (hoje, artigo 101.º n.º 3 TFUE), desde que pudessem ser avaliados de um ponto de vista económico. “Os acordos em matéria de ambiente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º podem introduzir vantagens económicas quer a nível do consumidor individual ou dos consumidores no seu conjunto, que compensem os

³⁴⁰ Ibid., parágrafo 51.

³⁴¹ Kingston, S. (2012), p. 267.

³⁴² Acórdão T-17/93, *Matra* [1994].

³⁴³ Ibid., parágrafo 136 e parágrafo 36 da Decisão da Comissão 93/49/CEE *Ford/Volkswagen* [1993] L 20/14.

³⁴⁴ Acórdão T-17/93, *Matra* [1994], parágrafo 96: “Finalmente, segundo a Comissão, é possível tomar em consideração, a título da contribuição para o progresso económico e técnico, outros elementos para além dos que estão expressamente referidos nestas disposições. Entre estes elementos figuram, por exemplo, a manutenção do emprego (...). Portanto, podem ser tomadas em consideração preocupações de política regional nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, em conformidade com o prescrito no artigo 130.º-A do Tratado CE. No entanto, isto não significa de forma alguma que as restrições da concorrência resultantes do acordo sejam validadas unicamente em virtude da localização geográfica da empresa comum. Como resulta do n.º 36 dos fundamentos da decisão, esta assenta antes de mais sobre os méritos intrínsecos do projecto.”

³⁴⁵ Acórdão C-26/76, *Metro I* [1977], parágrafo 21.

³⁴⁶ Acórdão C-75/84, *Metro II* [1986], parágrafo 65.

seus efeitos negativos sobre a concorrência. A fim de que estas condições sejam cumpridas, devem existir vantagens líquidas em termos de redução da pressão sobre o ambiente, devido à aplicação do acordo e em comparação com uma situação de base. Por outras palavras, as vantagens económicas previstas devem compensar os custos”³⁴⁷. Este parece ser um passo importante na internalização dos custos e benefícios ambientais na análise concorrencial da UE, e na prossecução da integração das políticas ambientais e concorrenciais da EU³⁴⁸.

A Comissão prossegue esclarecendo como é que estas vantagens poderão ser apreciadas: “Quando os consumidores individualmente obtêm resultados positivos do acordo, em prazos razoáveis, não é necessário que as vantagens ambientais globais sejam objetivamente estabelecidas. Se tal não acontecer, poderá revelar-se necessária uma análise custos/benefícios a fim de determinar se as vantagens líquidas para os consumidores em geral podem razoavelmente ser previstas.”³⁴⁹.

Anteriormente, a Comissão já tinha afirmado a relevância dos benefícios ambientais para a análise do artigo 81.º, n.º 3 (hoje 101.º n.º 3). No XXV Relatório Sobre a Política de Concorrência, a Comissão esclareceu a sua abordagem em relação aos acordos em matéria de ambiente da seguinte forma: “a Comissão compara as restrições da concorrência decorrentes do acordo com os objetivos ambientais que o acordo permite atingir, aplicando o princípio de proporcionalidade, nos termos do n.º 3 do artigo 85.º. Em especial, a melhoria do ambiente é considerada um elemento que contribui para melhorar a produção ou a distribuição, bem como para promover o progresso económico e técnico.”³⁵⁰.

A Comissão e os Tribunais Europeus têm uma vasta lista de casos nos quais os benefícios económicos foram incluídos no conceito de “progresso técnico ou económico”. Nos casos *CECED*³⁵¹ e *EACEM*³⁵² entendeu-se que o progresso técnico ou económico englobava uma melhor eficiência energética, no caso *Exxon/Shell* considerou-se a redução da utilização das matérias-primas, bem como do volume de resíduos³⁵³ e nos casos *Assurpol*, *Carbon Gas Technologie* e *BBC Brown Boveri* entendeu-se que o desenvolvimento de

³⁴⁷ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 193.

³⁴⁸ Kingston, S. (2012), p. 269.

³⁴⁹ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 194.

³⁵⁰ XXV Relatório Sobre a Política de Concorrência, parágrafo 85.

³⁵¹ Decisão da Comissão 2000/475/EC *CECED* [2000] L 187/47.

³⁵² XXVIII Relatório Sobre a Política de Concorrência, pp. 165-166.

³⁵³ Decisão da Comissão 94/332/CE, *Exxon/Shell* [1994] L 144/20, parágrafo 67.

técnicas de produção amigas do ambiente incluía-se no conceito de progresso técnico ou económico³⁵⁴.

Será útil neste ponto olharmos mais uma vez para o caso *CECED*. A Comissão entendeu que este acordo acarretava benefícios que lhe permitiam ser excetuado da aplicação do n.º 3 do artigo 101.º TFUE. O compromisso visava reduzir em 15 a 20% o consumo de energia. Além disso, um menor consumo de energia elétrica origina uma redução da poluição resultante da produção de eletricidade³⁵⁵. A Comissão considera que as máquinas de lavar que consomem menos eletricidade são “em termos objetivos, tecnicamente mais eficientes”³⁵⁶, o que parece apontar para o preenchimento do requisito da contribuição para o progresso técnico ou económico. Além disso, a Comissão considera que o acordo pode incentivar a investigação e desenvolvimento, superando os atuais limites tecnológicos³⁵⁷. Segundo a Comissão, o acordo apresenta benefícios económicos individuais pois os custos acrescidos na aquisição das máquinas melhoradas serão recuperados pelo consumidor num prazo de nove a quarenta meses, ao nível das faturas de eletricidade, devido à maior eficiência³⁵⁸. A Comissão tem, ainda, em consideração que a restrição da concorrência ao nível da eficiência energética pode desencadear a concorrência ao nível dos preços, permitindo que as classes A e B sejam comercializadas a um preço mais baixo³⁵⁹. Já quanto aos benefícios coletivos, a Comissão começa por estimar os danos evitados pela redução de emissões, e entende que estes serão sete vezes superiores aos custos de aquisição acrescidos das máquinas de lavar³⁶⁰.

A Comissão conclui, então, que “o acordo é suscetível de contribuir de forma significativa para o progresso técnico e económico, repartindo entre os consumidores uma proporção equitativa dos benefícios”³⁶¹.

Em suma, quando os acordos ambientais resultam em poupança de custos para os consumidores a questão é fácil de resolver. Mesmo que haja uma subida nos preços, esta pode ser compensada por essas mesmas poupanças. Mesmo na ausência de benefícios

³⁵⁴ Decisão da Comissão 92/96/CEE, *Assurpol* [1992] L 37/16, parágrafo 38; Decisão da Comissão 83/669, *Carbon Gas Technologie* [1983] L 376/17; Decisão da Comissão 88/541/CEE, *BBC Brown Boveri* [1988] L 301/68.

³⁵⁵ Decisão da Comissão 2000/475/EC *CECED* [2000] L 187/47, parágrafos 47-48.

³⁵⁶ *Ibid.*, parágrafo 48.

³⁵⁷ *Ibid.*, parágrafo 50.

³⁵⁸ *Ibid.*, parágrafo 52.

³⁵⁹ *Ibid.*, parágrafo 53.

³⁶⁰ *Ibid.*, parágrafo 56.

³⁶¹ *Ibid.*, parágrafo 57.

económicos objetivos, entendemos que, mesmo assim, os benefícios ambientais constituem progresso técnico ou económico, e para tal contribui o argumento económico anteriormente enunciado, segundo o qual os benefícios económicos, corretamente valorados, devem ser tidos em conta ao avaliar as eficiências resultantes de uma operação. Como vimos anteriormente, existem diversas técnicas de valoração ambiental que podem ser usadas para levar a cabo esta tarefa.

9.2. 2ª Condição: reserva de uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores

Uma vez determinados os benefícios técnicos ou económicos do acordo, há que assegurar que não resultam benefícios apenas para as partes que celebraram o acordo. Há que resultar algo para o consumidor. Esta condição implica que as desvantagens causadas pela limitação da concorrência sejam superadas pelos benefícios que os utilizadores podem retirar do acordo ou prática concertada.

Primeiramente, afigura-se necessário determinar o que devemos entender por “consumidores”, quer de um ponto de vista geográfico como temporal. Puros benefícios ambientais não podem ser ligados a quaisquer consumidores em específico, dada a sua natureza difusa, o que significa que não afluem diretamente aos consumidores de um determinado bem ou serviço num determinado mercado geográfico relevante, e, além disso, podem não se fazer sentir no imediato. A Comissão confirma-o dizendo que “a sociedade em geral é beneficiada onde os ganhos de eficiência conduzem à utilização de menos recursos para produzir o bem consumido ou à produção de bens de maior valor e, portanto, a uma afetação mais eficiente dos recursos”³⁶². No fundo, isto significa que podemos estabelecer uma distinção entre ganhos individuais e coletivos, sendo que nestes últimos a repercussão dos benefícios ambientais não se dá em nenhum consumidor individual, mas para a sociedade como um todo.

A Comissão, nas suas orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, diz que “o conceito de «consumidores» engloba todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais. Por outras palavras, os

³⁶² Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 85.

consumidores, na acepção do n.º 3 do artigo 81.º, são os clientes das partes no acordo e os compradores subsequentes”³⁶³.

À primeira vista poderá parecer que se exclui um conceito mais amplo de consumidor para os benefícios ambientais. Todavia, é oportuno relembrar, mais uma vez, o caso *CECED*, no qual a Comissão considerou os benefícios coletivos a nível do ambiente. O entendimento da Comissão foi que “Estas consequências ambientais para a sociedade permitiriam reservar para os consumidores uma parcela suficientemente equitativa dos benefícios, mesmo levando em conta que os compradores de máquinas de lavar a roupa não obteriam vantagens individuais.”³⁶⁴. A Comissão entendeu que a poupança no custo das externalidades (para o ambiente) era sete vezes superior ao custo de aquisição acrescido³⁶⁵.

Esta posição foi igualmente adotada nas orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 81.º aos acordos de cooperação horizontal quando distingue os casos em que os consumidores individualmente obtêm resultados positivos do acordo, e aqueles em que para se determinar as vantagens líquidas para o consumidor é necessária uma análise custos/benefícios³⁶⁶.

Assim sendo, em matéria de acordos ambientais deveremos optar por um conceito amplo de consumidor, tal como a Comissão anteriormente adotou. Aliás, fazendo mais uma vez uso do argumento sistemático, o princípio da integração ambiental assim o obriga – deveremos interpretar o Tratado de modo a favorecer a proteção ambiental. Deveremos, portanto, incluir terceiros que beneficiam dos aspetos positivos do acordo, em termos de redução da pressão ambiental, e até mesmo a sociedade como um todo³⁶⁷.

Igualmente relevante é saber se também poderão ser tidos em conta os benefícios futuros. Os benefícios positivos resultantes de um acordo não têm necessariamente de ser produzidos no imediato. Não há aqui qualquer controvérsia, pois a Comissão, nas

³⁶³ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 84.

³⁶⁴ Decisão da Comissão 2000/475/EC *CECED* [2000] L 187/47, parágrafo 56.

³⁶⁵ Em sentido contrário, Giorgio Monti discorda desta posição da Comissão, em que se considerou os benefícios coletivos a nível do ambiente para se preencher o requisito da “reserva de uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores”. Para Monti os benefícios coletivos a nível do ambiente servem apenas para provar o primeiro requisito da “contribuição para a melhoria da produção ou distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico”, pois demonstram eficiência económica. Quanto aos benefícios para o consumidor, Monti defende um conceito de benefícios individuais. In Monti, G. (2002). Article 81 and Public Policy. *Common Market Law Review*, n.º 39, 1057-1099, p. 1077.

³⁶⁶ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 194.

³⁶⁷ Vedder, H. (2012). *European Environmental Law: After Lisbon* (4.ª ed.). Groningen: Europa Law Publishing, p. 306.

orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º já nos dá uma resposta. “O facto de a repercussão nos consumidores ser algo desfasada no tempo não exclui, por si só, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º. Contudo, quanto maior for esse desfasamento, maiores devem ser os ganhos de eficiência, a fim de compensarem, igualmente, as perdas sofridas pelos consumidores no período que antecedeu a repercussão”.³⁶⁸⁻³⁶⁹⁻³⁷⁰

A segunda parte desta condição é que os consumidores deverão receber uma parte equitativa dos benefícios. Durante muito tempo, a Comissão entendeu que para que este requisito se verificasse teria de haver uma redução nos preços para os consumidores, os benefícios ambientais estavam subordinados à poupança de custos.

Esta interpretação estava longe de ser satisfatória relativamente aos acordos em matéria de ambiente, desde logo, porque grande parte destes acordos envolviam um aumento do custo de produção e, conseqüentemente, um aumento do preço de venda ao público do produto. Por outro lado, estes acordos, nem sempre produzem uma melhoria da qualidade dos produtos. Além disso, mais uma vez, temos de ter em atenção a natureza difusa dos benefícios ambientais, pelo que o consumidor que sofre as conseqüências da restrição poderá não ser aquele que irá sentir os respetivos benefícios³⁷¹.

“O conceito de «parte equitativa» implica que a repercussão dos benefícios deve, no mínimo, compensar os consumidores pelo eventual impacto negativo, efetivo ou potencial, que a restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º teve para esses consumidores. (...) o efeito líquido de um acordo deve ser, no mínimo, neutro do ponto de vista daqueles consumidores que sejam afetados direta ou indiretamente pelo acordo. Se a

³⁶⁸ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 87.

³⁶⁹ Não poderia ser outra a conclusão. O artigo 3.º n.º 3 TEU, para além de estabelecer como objetivos da União o desenvolvimento sustentável, a economia social de mercado, um elevado nível de proteção do ambiente, entre outros, prevê ainda a solidariedade entre gerações. Não estamos perante um tratado que se foca nos ganhos a curto prazo, à custa do prejuízo das gerações futuras. Como tal, seria errado excluir os consumidores futuros da segunda condição do artigo 101.º n.º 3 TFUE.

Reforça-se, assim, a ideia de que, atualmente, se deve visar os consumidores como um todo, e não apenas os consumidores individuais. O direito da concorrência deverá proteger os consumidores enquanto categoria, e não apenas consumidores individuais em mercados específicos. *In* Townley, C. (2011). Inter-generational Impacts in Competition Analysis: Remembering Those Not Yet Born. *European Competition Law Review*, n.º 32(11), 580-589, pp. 581-582.

³⁷⁰ Uma outra questão pertinente é saber se se poderão ter em consideração os benefícios ambientais que resultem para consumidores fora da União Europeia. Suzanne Kingston entende que quando os benefícios ambientais para União Europeia resultantes de um acordo não puderem ser dissociados de uma área geográfica mais abrangente, esses benefícios mais amplos deverão ser tidos em consideração. *In* Kingston, S. (2012), p. 278.

³⁷¹ Sadeleer, N. d. (2014), pp. 411-412.

situação dos consumidores piorar na sequência do acordo, a segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º não é satisfeita.”³⁷².

Como os benefícios ambientais constituem ganhos de eficiência de natureza qualitativa (trata-se, essencialmente, de novos e melhorados produtos e serviços, em contraste com os ganhos de eficiência em termos de custo), a Comissão presume a repercussão desses benefícios nos consumidores. A Comissão nas orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º estatui que “a disponibilização de produtos novos e melhorados contribui de forma importante para o bem-estar dos consumidores. Enquanto o aumento do valor decorrente dos melhoramentos for superior a um eventual prejuízo causado por um aumento de preço resultante do acordo restritivo, os consumidores estão em melhor situação do que estariam sem o acordo, pelo que, em princípio, a condição relativa à repercussão nos consumidores do n.º 3 do artigo 81.º deve ser considerada satisfeita”³⁷³.

No entanto, quando for provável o aumento dos preços para os consumidores “deve avaliar-se cuidadosamente se os alegados ganhos de eficiência criam um valor real para os consumidores nesse mercado que permita compensar os efeitos negativos da restrição de concorrência”³⁷⁴. Mesmo quando não haja aumento de preços, a Comissão lança mão de uma escala móvel, isto é, “quanto mais grave for a restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, maiores devem ser os ganhos de eficiência e a repercussão nos consumidores”³⁷⁵.

A Comissão admite que é difícil calcular com rigor a taxa de repercussão nos consumidores. Por este motivo, exige que as empresas fundamentem as suas alegações, “fornecendo estimativas e outros dados razoáveis, tomando em consideração as circunstâncias do caso individual”³⁷⁶.

Na decisão *DSD*, a Comissão verificou este requisito pelo facto de que o consumidor beneficiaria não só de uma melhoria da qualidade do ambiente, mas também da redução da quantidade das embalagens³⁷⁷. Mais uma vez, como foi anteriormente referido, no caso *CECED* a Comissão entendeu que os benefícios originados pelo acordo eram sete vezes superiores aos custos de aquisição acrescidos. Tais benefícios ambientais para a

³⁷² Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 85.

³⁷³ *Ibid.*, parágrafo 104.

³⁷⁴ *Ibid.*, parágrafo 104.

³⁷⁵ *Ibid.*, parágrafo 90.

³⁷⁶ *Ibid.*, parágrafo 94.

³⁷⁷ Decisão da Comissão 2001/837/CE *DSD* [2011] L 319/1, parágrafo 148.

sociedade reservariam para os consumidores uma parte equitativa dos benefícios, mesmo que os compradores de máquinas de lavar a roupa não obtivessem vantagens individuais³⁷⁸.

A Comissão aproxima-se, portanto, do entendimento de que os benefícios ambientais, precisamente devido à sua natureza difusa, afluem a um largo grupo de indivíduos e que irão sempre permitir reservar uma parte equitativa para os consumidores³⁷⁹.

9.3. 3ª Condição: restrições indispensáveis

As restrições impostas pelo acordo em matéria de ambiente têm de ser indispensáveis na promoção do progresso técnico ou económico. As partes deverão demonstrar que “os ganhos de eficiência são específicos ao acordo em causa, ou seja, que não existem outros meios economicamente viáveis e menos restritivos”³⁸⁰. Este requisito consiste no fundo num teste de proporcionalidade³⁸¹.

Segundo as orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, este requisito tem dois critérios: em primeiro lugar, o acordo restritivo deve ser necessário para a obtenção dos ganhos de eficiência; em segundo lugar, as restrições individuais da concorrência decorrentes do acordo devem igualmente ser necessárias para obtenção dos ganhos de eficiência. Trata-se aqui de saber se foram gerados mais ganhos de eficiência com o acordo ou restrição do que na sua ausência³⁸². As partes devem explicar e demonstrar as razões pelas quais eventuais alternativas aparentemente realistas e significativamente menos restritivas ao acordo seriam muito menos eficientes³⁸³.

Também aqui se adota uma escala móvel – quanto mais restritiva for a restrição, mais rigorosa deve ser a avaliação à luz da terceira condição. Sendo que, será pouco provável que as restrições excluídas dos regulamentos de isenção por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão sejam consideradas indispensáveis³⁸⁴.

³⁷⁸ Decisão da Comissão 2000/475/EC *CECED* [2000] L 187/47, parágrafo 56.

³⁷⁹ Vedder, D. H. (2003), p. 174.

³⁸⁰ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 75.

³⁸¹ Para Hans Vedder trata-se de um balanço entre dois objetivos diferentes. Por um lado, o objetivo da concorrência e, por outro lado, a proteção do ambiente... *in* Vedder, D. H. (2003), p. 175.

³⁸² Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafos 73 e 74.

³⁸³ *Ibid.*, parágrafo 75.

³⁸⁴ *Ibid.*, parágrafo 79.

Nas orientações relativas à aplicação do artigo 81.º aos acordos de cooperação horizontal, a Comissão estabelece que será mais provável que este requisito esteja preenchido por um acordo em matéria de ambiente se a sua eficiência económica for objetivamente demonstrada. Quanto mais for possível comprovar a eficiência económica de um acordo em matéria de ambiente, mais claramente cada uma das suas disposições poderá ser considerada indispensável à realização das metas ambientais no seu contexto económico.³⁸⁵ Neste sentido, uma análise custo-eficácia que atribua um valor económico às medidas ambientais é capaz de determinar a indispensabilidade de um acordo que traga apenas benefícios ambientais. “Deverá ser demonstrado por uma análise custo/eficácia que os outros meios que permitem obter as vantagens ambientais previstas seriam mais dispendiosos, económica ou financeiramente, com base em hipóteses razoáveis”³⁸⁶.

O teste de proporcionalidade não foi um problema para o já referido acordo *CECED*. Trata-se de um acordo entre a maioria dos produtores europeus de máquinas de lavar roupa, cujo objetivo era pôr termo à produção e importação das máquinas de lavar de classe energética E, F e G numa primeira fase e parte da D, numa segunda fase. Este acordo, além de reduzir as escolhas dos consumidores, impede os produtores e importadores de competirem na gama completa de categorias energéticas. Será que existiriam medidas alternativas menos restritivas da concorrência? Poder-se-ia optar por campanhas publicitárias que informassem os consumidores acerca da eficiência energética das máquinas premiadas com o rótulo ecológico europeu. Contudo, esta opção não traz os mesmos benefícios ambientais³⁸⁷. A opção tomada pelos membros do *CECED* visa estabelecer um nível comum de eficiência energética. Assim sendo, estas medidas são consideradas indispensáveis.

Porém, casos houve em que a Comissão entendeu que este requisito não se verificava pelo facto de a restrição em causa não ser proporcional, na medida em que existiam medidas alternativas menos restritivas. O caso *VOTOB* é exemplo disso mesmo. Neste caso, a Comissão entendeu que o acordo relativo à gestão de resíduos entre seis empresas que oferecem serviços de armazenagem em tanques, e que seria financiado por um montante fixo e uniforme (“encargo ambiental”), acrescido aos custos de armazenamento, era restritivo da concorrência. Quando um preço ou um seu elemento é fixo, a concorrência

³⁸⁵ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 195.

³⁸⁶ *Ibid.*, parágrafo 196.

³⁸⁷ Kingston, S. (2012), p. 282.

relativa a esse elemento de preço está excluída. A natureza uniforme do encargo ignora as diferenças existentes a nível das circunstâncias de cada membro individual. A Comissão defendeu que um sistema em que os membros cobrassem um preço total, referindo que incluía o custo adicional de investimento relativo ao ambiente seria menos restritivo³⁸⁸.

Este requisito de proporcionalidade é bastante crítico para os acordos de gestão de resíduos. Estes acordos costumam conter cláusulas de exclusividade, pelo que se questiona se estas serão genuinamente indispensáveis para se atingir as visadas eficiências e benefícios ambientais. A indispensabilidade destas cláusulas de exclusividade foi examinada pela Comissão em diversas ocasiões, em particular nas decisões relativas aos acordos do Reino Unido³⁸⁹, França³⁹⁰, Alemanha³⁹¹, Países Baixos³⁹², e Áustria³⁹³.

Os acordos de adesão da *VALPAK*, no Reino Unido, obrigavam os potenciais membros a transferir a totalidade das suas obrigações a nível de todos os materiais de embalagem (abordagem do “tudo ou nada”). A Comissão conclui pela indispensabilidade desta abordagem do “tudo ou nada”, pois mostrou-se necessária para financiar o investimento³⁹⁴.

No caso *DSD* a Comissão entendeu que a cláusula de exclusividade em causa, segundo a qual esta associação de empresas tem a tarefa exclusiva de recolha e triagem de embalagens usadas a nível nacional, era restritiva da concorrência à luz do artigo 81.º n.º 1 (hoje 101.º n.º 1). Porém, decidiu isentar esta restrição nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. A Comissão considerou que “na ausência de uma cláusula de exclusividade até 2003 nos contratos de serviços, não teria sido viável de todo ou na dimensão prevista, dar execução à logística de recolha e de triagem com cobertura nacional no mesmo período de tempo ou com a mesma garantia a nível da operacionalidade do sistema”³⁹⁵. Todavia, a Comissão entendeu que um período de exclusividade de três anos era suficiente e que daí em diante “o sistema DSD deve ser considerado como estando globalmente estabelecido e que no sector da gestão de resíduos, nomeadamente no domínio da infraestrutura de recolha e de triagem

³⁸⁸ XXII Relatório Sobre a Política de Concorrência, parágrafos 177-186.

³⁸⁹ XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência.

³⁹⁰ Decisão da Comissão 2001/663/EC *Eco-Emballages* [2001] JO L 233/37.

³⁹¹ Decisão da Comissão 2001/834/CE *DSD* [2001] JO L 319/1.

³⁹² Decisão da Comissão 2004/208/CE *ARA/ARGEU/ARO* [2004] JO L 75/59.

³⁹³ Processos COMP D3/35470 — *ARA*, COMP D3/35473 — *ARGEV, ARO*, decisão de 16 de outubro de 2003, [2004] JO L 75/59, parágrafo 281-287.

³⁹⁴ XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência, parágrafos 133-134.

³⁹⁵ Decisão da Comissão 2001/834/CE *DSD* [2001] JO L 319/1, parágrafo 156.

de embalagens de venda usadas, estão criadas as condições para que deixe de ser indispensável estabelecer cláusulas de exclusividade com tão longa duração”³⁹⁶.

Também no caso *ARA*, concluiu-se pela indispensabilidade da cláusula de exclusividade por razões económicas, pois para “salvaguardar o sistema é necessário que os parceiros de recolha da *ARA* invistam elevados montantes na criação e manutenção das infraestruturas de recolha de embalagens usadas”³⁹⁷⁻³⁹⁸.

9.4. 4ª Condição: não eliminação da concorrência

O acordo ou prática concertada não poderá possibilitar a eliminação da concorrência a uma parte substancial dos produtos ou serviços em causa. O objetivo é assegurar que se mantém uma concorrência eficiente dentro do mercado relevante. Nas palavras da Comissão, “é conferida à rivalidade e ao processo concorrencial prioridade sobre os ganhos de eficiência potencialmente pró-concorrenciais que poderão resultar de acordos restritivos”³⁹⁹. A Comissão reconhece que o objetivo do artigo 81.º (hoje 101.º), é a proteção do processo concorrencial⁴⁰⁰.

As orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, especificam que a aplicação desta última condição requer “uma análise das diversas fontes de concorrência no mercado, do nível de pressão concorrencial que estas exercem sobre as partes no acordo e do impacto do acordo nessa pressão concorrencial. Devem ser tidas em conta ambas a concorrência efetiva e a concorrência potencial”⁴⁰¹. De seguida, a Comissão afirma que, a “última condição da exceção prevista no n.º 3 do artigo 81.º não estará satisfeita se o acordo eliminar a concorrência sob uma das suas expressões mais importantes”⁴⁰². Tal ocorre quando se eliminar a concorrência de preços ou a concorrência em matéria de inovação e desenvolvimento de novos produtos.

³⁹⁶ Ibid., parágrafo 157.

³⁹⁷ Decisão da Comissão 2004/208/CE *ARA/ARGEU/ARO* [2004] JO L 75/59, parágrafo 276.

³⁹⁸ Para mais informações sobre os acordos de gestão de resíduos e a aplicação das normas de concorrência europeias ver Bouste, A. (2006). Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Commission's Approach for Packaging Waste Management Systems. *RECIEL*, n.º 15(2), 146-159.

³⁹⁹ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 105.

⁴⁰⁰ Ibid., parágrafo 105.

⁴⁰¹ Ibid., parágrafo 108.

⁴⁰² Ibid., parágrafo 110.

Mais especificamente no contexto de acordos em matéria de ambiente, a Comissão entende que “independentemente dos ganhos ambientais e económicos e igualmente da necessidade das disposições previstas, o acordo não deve eliminar a concorrência em termos de diferenciação dos produtos ou processos, da inovação tecnológica ou da entrada no mercado a curto ou, se for caso disso, a médio prazo”⁴⁰³.

A eliminação da concorrência no que respeita à inovação do produto poderia originar, a longo prazo, a diminuição da proteção ambiental por obstar ao desenvolvimento de tecnologia mais ecológica⁴⁰⁴.

A concorrência nos fatores de desempenho ambiental dos produtos e serviços constitui apenas um dos diversos parâmetros de concorrência, existem inúmeros outros parâmetros nos quais os produtos e serviços se podem diferenciar, pelo que iniciativas voluntárias de standardização (como é o caso do acordo *CECED* e *EACEM*, ou mesmo a criação de rótulos ecológicos) são prováveis de satisfazer esta condição⁴⁰⁵.

Mais uma vez, as cláusulas de exclusividade nos acordos relativos a sistemas de recolha de resíduos colocam problemas. Nas orientações relativas à aplicação do artigo 81.º aos acordos de cooperação horizontal, a Comissão estabelece que “o período durante o qual os direitos são concedidos deverá ter em conta o aparecimento eventual de um operador alternativo”⁴⁰⁶. Obviamente, quanto maior for a quota de mercado das empresas, mais provável será que as cláusulas de exclusividade eliminem a concorrência.

No caso *DSD*, porém, a cláusula de exclusividade de três anos para os operadores que participassem no acordo foi considerada, apesar da posição da *DSD* no mercado relevante, não provável de eliminar a concorrência no mercado da recolha e triagem de embalagens de venda usadas⁴⁰⁷. Esta conclusão deve-se ao facto de as empresas excluídas pela *DSD* poderem continuar a oferecer os seus serviços a empresas que procurem soluções de autogestão de resíduos. Além disso, o “efeito de rede” que se verifica no presente mercado e as “condições específicas de oferta” significam que seria “economicamente vantajoso celebrar, no quadro de um sistema de isenção, um contrato com uma única empresa por zona contratual”⁴⁰⁸. Além disso, era exigido legalmente que os operadores submetessem a

⁴⁰³ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 196.

⁴⁰⁴ Kingston, S. (2012), p. 288.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 289.

⁴⁰⁶ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 197.

⁴⁰⁷ Decisão da Comissão 2001/837/CE *DSD* [2011] L 319/1, parágrafo 158.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, parágrafo 160.

concurso os serviços de gestão de resíduos em processo que garantisse a adjudicação em condições de livre concorrência⁴⁰⁹.

Portanto, a concorrência não seria substancialmente eliminada pela cláusula de exclusividade, desde que haja acesso, livre e desimpedido, de terceiros à infraestrutura de gestão de resíduos montada pela *DSD*⁴¹⁰. Todavia, a Comissão impôs, expressamente, duas obrigações à *DSD*: a *DSD* não poderia impedir as empresas de gestão de resíduos que fizessem parte da associação de contratarem com empresas concorrentes; a *DSD* estava obrigada a assegurar que o acesso à sua infraestrutura não seria restringido.

Em suma, é improvável que este quarto requisito obste à continuidade da maioria dos acordos ambientais. Mesmo que as partes detenham elevadas quotas de mercado, poder-se-á ter em conta outras características do mercado tornando a restrição aceitável do ponto de vista concorrencial⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Ibid., parágrafo 161.

⁴¹⁰ Ibid., parágrafo 163.

⁴¹¹ Vedder, D. H. (2003), p. 185.

10. Conclusão

Ao longo desta investigação tentamos perceber quais as implicações da política de integração ambiental para o direito da concorrência, mais concretamente, no domínio das práticas restritivas da concorrência.

A União Europeia tem vivenciado uma preocupação crescente com a proteção ambiental. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, e conseqüente reconhecimento dos três pilares do desenvolvimento sustentável e do princípio do elevado nível de proteção ambiental, os objetivos da União deixaram de ser meramente económicos e passaram a ser também ambientais. Nas últimas décadas deixamos de ter uma União focada exclusivamente no desempenho económico, e passamos a ter uma União que não aceita a rejeição absoluta de fatores não-económicos.

Como vimos, a integração dos objetivos da política ambiental, estabelecidos no artigo 191.º n.º 1 TFUE, não pode ser atingida mediante medidas setoriais. Deveremos adotar uma abordagem global, em conformidade com o princípio da integração ambiental.

É, portanto, um imperativo legal para as instituições europeias a integração das considerações ambientais nas suas diversas políticas e ações e a política da concorrência não é exceção.

Porém, como tivemos oportunidade de analisar, a dialética entre concorrência e ambiente não é isenta de desafios. Estas duas políticas têm objetivos e lógicas de funcionamento por vezes conflitantes⁴¹². Assim sendo, urge encontrar um ponto de equilíbrio, que realize ambas as políticas de forma proporcional e coerente.

Resulta da nossa investigação que este trabalho de integração das considerações ambientais é levado a cabo de modo diverso no n.º 1 do artigo 101.º TFUE do n.º 3.

⁴¹² Porém, o direito do ambiente até pode aumentar concorrência entre empresas, na medida em que a aplicação das regulamentações ambientais pode levar ao desaparecimento do mercado de operadores económicos que não são capazes de cumprir os requisitos ambientais. Ao mesmo tempo pode encorajar outras empresas a utilizarem métodos de produção menos poluentes. Conseqüentemente, apenas os operadores mais competitivos, e portanto, menos poluidores, permanecerão no mercado, o que gera o risco de se criar oligopólios. *In Sadeleer, N. d. (2014), p. 468.* Isto vai no sentido do que dissemos no início desta investigação de que em termos concorrenciais, a aplicação de regulamentações ambientais ambiciosas pode ser especialmente vantajosa para as grandes empresas, pois as pequenas não têm os recursos necessários para se adaptarem.

No n.º 1 tudo indica que o papel das considerações ambientais esteja limitado ao desempenho que estas podem ter no processo económico. Segue-se uma racionalidade económica na aplicação desta disposição⁴¹³.

Rejeitamos a ideia de que determinados aspetos ambientais de um acordo possam originar uma exceção à aplicação do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, assim como também rejeitamos a existência de uma *rule of reason* na mesma disposição. O objetivo do desenvolvimento sustentável requer que se mantenha alguma pressão concorrencial mesmo em termos ambientais⁴¹⁴. Como foi dito, a redução da concorrência também pode ser prejudicial para o meio ambiente, na medida em que, por exemplo, diminui o incentivo para o desenvolvimento de processos produtivos mais eficientes e mais tecnológicos. Todavia, não existe aqui qualquer desrespeito pelo princípio da integração ambiental, pois as considerações ambientais serão tidas em conta no n.º 3 do artigo 101.º TFUE⁴¹⁵.

Aliás, se fossemos a pesar os efeitos positivos de um acordo, face aos negativos, no n.º 1 do artigo 101.º TFUE, estaríamos a ir contra a lógica do Tratado. O objetivo do Tratado é que este balanço seja feito no n.º 3. Se o fizéssemos no n.º 1 estaríamos a tornar a disposição do n.º 3 redundante e não será esse, certamente, o fim da norma. As orientações da Comissão também vão neste sentido: “Os objectivos de outras disposições do Tratado apenas podem ser tidos em conta se puderem ser incluídos nas quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º.”⁴¹⁶.

Quanto ao n.º 3 do artigo 101.º TFUE, existem autores que defendem uma abordagem estritamente economicista, rejeitando que se tenham em consideração quaisquer fatores não-económicos ou de interesse público. Parece-nos que esta é uma posição difícil de defender tendo em conta a letra do Tratado, e, além disso, a jurisprudência dos tribunais da União e as decisões da Comissão anteriores à entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003, vão em sentido contrário. E mesmo que aceitássemos esta posição, ficou claro na nossa exposição que os benefícios ambientais são passíveis de valoração económica. Assim sendo, acordos que acarretem benefícios ambientais são abrangidos pelo escopo do artigo 101.º n.º 3, e serão permitidos desde que cumpram os seus quatro requisitos cumulativos.

O facto de que estes acordos são excetuados da aplicação das normas da concorrência revela a flexibilidade do direito da concorrência europeu em integrar os

⁴¹³ Vedder, D. H. (2003), p. 156.

⁴¹⁴ Ibid., p. 157.

⁴¹⁵ Boute, A. (2006), p. 153.

⁴¹⁶ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, parágrafo 42.

objetivos da política ambiental. Na realidade, não poderia ser outra a conduta. “A Comissão é favorável ao recurso a acordos em matéria de ambiente como instrumento de realização dos objetivos definidos no artigo 2.º e no artigo 174.º do Tratado CE, bem como nos programas de acção comunitários em matéria de ambiente, desde que esses acordos sejam compatíveis com as regras da concorrência”⁴¹⁷. A Comissão reconhece, portanto, que o risco de efeitos negativos na concorrência é compensado pelos efeitos positivos que os acordos ambientais podem ter.

Chegados aqui, há muito com o que nos podemos congratular. Apesar da relação tensa que sempre existiu entre política ambiental e direito da concorrência, e da abordagem tradicionalmente económica que continua a existir neste último, é para nós claro que a concorrência abraça as considerações ambientais, e não só. De igual forma existe espaço no direito da concorrência para se ter em consideração outros fins de interesse público, como a defesa do consumidor, a política de emprego, a política industrial, entre outras. Além disso, o uso de acordos ambientais é pacífico e incentivado pela própria Comissão, pois conseguem mais facilmente envolver as empresas na execução da política ambiental, e permitem mesmo que se atinja mais eficiências económicas.

⁴¹⁷ Comunicação da comissão relativa à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, parágrafo 192.

11. Bibliografia

- Aragão, A. (2012). A natureza não tem preço...mas devia. Em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda* (Vol. IV, pp. 11-42). Coimbra Editora.
- Autoridade da Concorrência. (22 de Maio de 2018). *Práticas colusivas*. Obtido de Autoridade da Concorrência: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx
- Bailey, I., & Rupp, S. (2005). Geography and climate policy: a comparative assessment of new environmental policy instruments in the UK and Germany. *Geoforum*, 26(3), 387-401. doi:<https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2004.07.002>
- Bishop, S., & Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (3.º ed.). London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters.
- Bork, R. H. (1993). *The Antitrust Paradox - A Policy At War With Itself*. Basic Books.
- Boute, A. (2006). Environmental Protection and EC Anti-Trust Law: The Comission's Approach for Packaging Waste Management Systems. *RECIEL*, n.º 15(2), 146-159.
- Budzinski, O. (2008). Monoculture versus diversity in competition economics. *Cambridge Journal of Economics*, n.º 32(2), 295-324.
- Cabugueira, M. F. (2005). Environmental Voluntary Agreements in Portugal: Characterisation and implementation. Em E. Croci (Ed.), *The Handbook of Environmental Voluntary Agreements: Design, Implementation and Evaluation Issues* (pp. 203-219). Dordrecht: Springer.
- Comissão Europeia. (08 de Maio de 2018). *Informations sheets and facts sheets on DG Environment policy areas*. Obtido de European Comissão: http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/Eco-systems%20goods%20and%20Services/Ecosystem_PT.pdf
- Conrad, K. (2005). Price Competition and Product Differentiation When Consumers Care for the Environment. *Environmental & Resource Economics*, n.º 31(1), 1-19.

- Conselho Europeu de Cardiff, 15 e 16 de Junho de 1998, Conclusões da Presidência.* (02 de Março de 2018). Obtido de Parlamento Europeu: http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_pt.htm
- Costanza, R., & Daly, H. E. (1992). Natural Capital and Sustainable Development. *Conservation Biology*, 6(1), 37-46.
- Costanza, R., d'Arge, R., Groot, R. d., Farberk, S., Grasso, M., Hannon, B., . . . Belt, M. v. (15 de Maio de 1997). The value of the world's ecosystem services and natural capital. *Nature*, n.º 387, 253-260.
- Díaz, E. G. (1995). The Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law. *Fordham International Law Journal*, n.º 19(3), 951-998.
- Dlamini, C. S. (2012). Types of values and valuation, methods for environmental resources: Highlights of key aspects, concepts and approaches in the economic valuation of forest goods and services. *Journal of Horticulture and Forestry*, n.º 4(12), 181-189. doi:10.5897/JHF12.011
- Ebner, A. (2006). The intellectual foundations of the social market economy. *Journal of Economic Studies*, n.º 33(3), 206-223. doi:<http://dx.doi.org/10.1108/01443580610680464>
- EEA. (2015). *The European environment — state and outlook 2015: synthesis report*. European Environment Agency, Copenhagen.
- Eucken, W. (1998). *Os Fundamentos da Economia Política*. (F. C. Gulbenkian, Ed.) Lisboa.
- European Environment Agency. (1997). *Environmental Agreements Environmental Effectiveness - Case Studies, Environmental Issues Series N.º 3(2)*. Obtido em 20 de 02 de 2018, de <https://www.eea.europa.eu/publications/92-9167-052-9-Vol2>
- Field, B. C., & Field, K. M. (2013). *Environmental Economics: an introduction* (6.ª ed.). New York: McGraw-Hill/Irwin.
- Fikentscher, W. (1997). *Freiheit als Aufgabe - Freedom as a Task*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gerber, D. J. (1994). Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *American Journal of Comparative Law*,

42(1), 26-84. Obtido em 07 de Novembro de 2017, de http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/221/

Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Clarendo Press.

Gomes, J. L. (2010). *Lições de Direito da Concorrência*. Almedina.

Gráinne de Búrca, J. H. (Ed.). (2001). *The European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Gunningham, N. (2009). Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures. *Journal of Environmental Law*, 21(2), 179-212.

Haigh, N. (2 de Fevereiro de 2018). *Brexit: Single Market, Customs Union, and the environment*. Obtido em 26 de Junho de 2018, de Institute for European Environmental Policy: <https://ieep.eu/news/brexit-single-market-customs-union-and-the-environment>

Heldeweg, M. A. (2004). Good Environmental Governance in the EU: Lessons From Work in Progress? *CES Working Paper 4/04, University of Twente*.

Hildebrand, D. (2002). The European School in EC Competition Law. *World Competition*, n.º 25(1), 2-23.

Hildebrand, D. (2009). *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules* (3.º ed.). Wolters Kluwer.

Holmberg, V. S. (s.d.). EU Competition Law and Environmental Protection - Integrate or Isolate? (Tese de Mestrado - University of Lund).

Hovenkamp, H. J. (1985). Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 84, 213-284.

Hurić-Larsen, J. F., & Münch, A. (2016). Competition and Environmental Policy in EU: Old Foes, New Friends? *Journal of Industry, Competition and Trade*, 16(2), 137-153. doi:<https://doi.org/10.1007/s10842-015-0201-0>

- Jacobs, F. (2006). The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment. *Journal of Environmental Law*, n.º 18(2), 185-205. doi:<https://doi.org/10.1093/jel/eql012>
- Jans, J. H. (2011). Stop the Integration Principle? *Fordham International Law Journal*, 33(5), 1533-2010.
- Jans, J. H., & Vedder, H. H. (2012). *European Environmental Law: After Lisbon* (4.º ed.). Groningen: Europa Law Publishing.
- Jebelli, K. H. (01 de Junho de 2010). EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach to Article 101(1). doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2166318>
- Joerges, C., & Rodl, F. (2004). "Social Market Economy" as Europe's Social Model? EUI Working Paper Law N.º. 2004/8. Obtido em 12 de Novembro de 2017, de <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/2823/law04-8.pdf>
- Jones, A. (2012). The boundaries of an undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, n.º 8(2), 301-331.
- Kerret, D., & Tal, A. (2005). Greenwash or Green Gain? Predicting the success and Evaluating the Effectiveness of Environmental Voluntary Agreements. *Penn State Environmental Law Review*, 14(84), 31-84.
- Keske, C. M. (2011). How to value environmental and non-market goods: a guide for legal professionals. *Denver Journal of International Law and Policy*, n.º 39(3), 423-436.
- Kingston, S. (2009). The Role of Environmental Protection in EC Competition Law and Policy (Tese de Doutoramento não publicada). University of Leiden.
- Kingston, S. (2010). Developments in EU Law: Environment. *International and Comparative Law Quarterly*, 59, 1129- 1141.
- Kingston, S. (Novembro de 2010). Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special. *European Law Journal*, 16, 780-805.
- Kingston, S. (2012). *Greening EU Competition Law and Policy* (1.ª ed.). Cambridge University Press.

- Laville, S. (12 de Julho de 2017). *Green groups call for overhaul of repeal bill to safeguard environment after Brexit*. Obtido em 26 de Junho de 2018, de The Guardian: https://www.theguardian.com/environment/2017/jul/12/green-groups-call-for-overhaul-of-repeal-bill-to-safeguard-environment-after-brexite?CMP=tw_t_a-environment_b-gdneco
- Lehmann, M. A. (2004). Voluntary Environmental Agreements and Competition Policy. *Environmental & Resource Economics*(28), 435-449.
- Leite, A. (2013). O novo regime jurídico da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança. *Working Paper - Instituto de Estudos Superiores Militares*. Obtido em 04 de 11 de 2017, de <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/12323/1/Cap%20Borges%20Leite.pdf>
- Loozen, E. (2006). Professional ethics and restraints of competition. *European Law Review*, n.º 31(1), 28-47.
- Machado, J. E. (2010). *Direito da União Europeia* (1.º ed.). Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora.
- Mongenster, R. D., & Pizer, W. A. (2007). How Well Do Voluntary Environmental Programs Really Work? *Resources*(164), 23-26. Obtido em 10 de Fevereiro de 2018, de http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-Resources-164_VoluntaryPrograms.pdf
- Monti, G. (2002). Article 81 and Public Policy. *Common Market Law Review*, n.º 39, 1057-1099.
- Monti, G. (2007). *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- O'Gorman, R. (2005). Greening Competition Law: Developments in the assessment of Environmental Benefits' in Analysis under Article 81(3) EC. *Irish Student Law Review*, n.º 13, 83-100.
- Oswalt-Eucken, I. (1994). Freedom and Economic Power: Neglected Aspects of Walter Eucken's Work. *Journal of Economic Studies*, n.º 21(4), 38-45. doi:<https://doi.org/10.1108/01443589410070770>

- Parlamento Europeu. (06 de 2017). *Política Ambiental: Princípios Gerais e Quadro Base*.
Obtido em 25 de 09 de 2017, de <http://www.europarl.europa.eu/portal/pt:>
http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.4.1.pdf
- Poostchi, B. (1998). The 1997 Treaty of Amsterdam-Implications for EU Environmental Law and Policy-Making. *Reciel*, 7(1), 76-84.
- Posner, R. A. (1019). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennysilvania Law Review*, 925-948.
- Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law* (2.^a ed.). Chicago: The University of Chicago Press.
- Rehbinder, E. (1997). Environmental Agreements - a New Instrument of Environmental Policy. *Environmental Policy and Law*(27), 258-269.
- Rodrigues, V. (2016). *Análise económica do Direito: uma introdução* (2.^o ed.). Coimbra: Almedina.
- Sadeleer, N. (11 de Maio de 2015). Revisión de la compatibilidad de los acuerdos medioambientales privados con el derecho de la competencia de la UE. ¿Cómo cuadrar el círculo? *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1-10.
- Sadeleer, N. d. (2014). *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford University Press.
- Schwermer, S. (2012). *Economic Valuation Methods*. German Federal Environmental Agency (UBA). Obtido em 10 de Maio de 2018
- Segerson, K., & Miceli, T. J. (1998). Voluntary Environmental Agreements; Good or Bad News for Environmental Protection? *Journal of Environmental Economics and Management*(36), 109-130.
- Serens, M. N. (2017). *Das Obrigações de Não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*. Almedina.
- Serens, M. N. (2007). *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*. Almedina.
- Silva, M. M. (2008). *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial*. Almedina.

- Soriano, L. M. (2003). A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*, 16(n.º 3), 296-323.
- TEEB. (2010). *The Economics of Ecosystem and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations*. Londres: Earthscan.
- Townley, C. (2007). The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation - A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries. Em G. Amato, & C.-D. Ehlermann (Edits.), *EC Competition Law: A Critical Assessment* (pp. 3-24). Hart Publishing.
- Townley, C. (2009). *Article 81 EC and Public Policy*. Oxford: Hart Publishing.
- Townley, C. (2011). Inter-generational Impacts in Competition Analysis: Remembering Those Not Yet Borm. *European Competition Law Review*, n.º 32(11), 580-589.
- Townley, C. (2011). The relevant market: an acceptable limit to competition analysis? *European Competition Law Review*, n.º 31(10), 490-499.
- Townley, C. (Julho de 2011). Which goals count in article 101 TFEU?: Public policy and its discontents. *European Competition Law Review*.
- Vanberg, J. V. (2004). *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism, Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*. Walter Eucken Institut.
- Vedder, D. H. (2003). *Competition Law and Enviromental Protection in Europe; Towards Sustainability?* Europa Law Publishing.
- Vedder, H. (2002). *Competition Law, Environmental Policy and Producer Responsibility*. Europa Law Publishing.
- Vedder, H. (2010). The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy. *Journal of Environmental Law*, 22(2), 287-299.
- Vedder, H. (2012). *European Environmental Law: After Lisbon* (4.^a ed.). Groningen: Europa Law Publishing.
- Veisten, K. (2007). Contingent valuation controversis: Philosophic debates about economic theory. *Journal of Socio-Economics*, n.º 36, 204-232.

- Weitbrecht, A. (2008). From Freiburg to Chicago and beyond - the first 50 years of European Competition Law. *European Competition Law Review*, n.º 29(2), 81-88.
- Wesmeier, M. (2001). The integration of environmental protection as a general rule for interpreting community law. *Common Market Law Review*, 38, 159-177.
- Wiesbrock, A., & Sjaafjell, B. (2015). The importance of article 11 TFUE for regulating business in the EU: securing the very basis of our existence. Em A. Wiesbrock, B. Sjaafjell, J. Nowag, C. Voigt, C. Villiers, J. Mahonen, . . . J. Rosenqvist, *The greening of European business under EU Law*. Routledge.

12. Anexos

Tabela de Casos

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão 26/76, *Metro I* [1977]

Acórdão 56, 58/64, *Consten & Grunding v. Comissão* [1966]

Acórdão 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v. Comissão (VCH)* [1972]

Acórdão 13/77 SA G. B.-Inno-B. M v. *Association des détaillants en tabac (ATAB)* [1977]

Acórdão C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company v. Comissão (Continental Can)* [1973]

Acórdão C-139/79, *Maizena GMBH v. Conselho da União Europeia* [1980]

Acórdão C-280/93, *República Federal da Alemanha v. Conselho da União Europeia* [1994]

Acórdão C-302/86, *Commission v. Denmark* [1988]

Acórdão C-120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung Für Branntwein* [1979]

Acórdão C-2/92, *Comissão das Comunidades Europeias v. Reino da Bélgica* [1992]

Acórdão C-203/96, *Dusseldorp* [1998]

Acórdão C-389/96, *Aher-Wagoon* [1998]

Acórdão C-379/98, *PreussenElektra* [2001]

Acórdão C-240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)* [1985]

Acórdão C-41/90, *Höfner Elser v. Macrotron* [1991]

Acórdão C-180/98, *Pavlov* [2000]

Acórdão C-475/99, *Ambulanz Glökner* [2001]

Acórdão C-159/91 e 60/91, *Christian Poucet v Assurances Générales de France e Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon* [1993]

Acórdão 118/85, *Comissão v. Itália* [1987]

Acórdão 343/95, *Diego Cali & Figli* [1997]

Acórdão C-22/71, *Béguelin Import* [1971]

Acórdão C-242/95, *GT-Link* [1997]

Acórdão C-209/78, *Heintz van Landewyck SARL e outros v. Comissão* [1980]

Acórdão C-48/69, *ICI v. Comissão* [1979]

Acórdão C-5/69, *Völk v. Vervarckel* [1969]

Acórdão 56/65, *Société Technique Minière* [1966]

Acórdão C-250/92, *Gøttrup-Klim* [1994]

Acórdão C-67/96, *Albany* [1999]

Acórdão C-309/99, *Wouters and others v. Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten* [2002]

Acórdão C-519/04 P, *Meca-Medina e Majcen/Comissão* [2006]

Acórdão C-75/84, *Metro II* [1986]

Jurisprudência do Tribunal Geral

Acórdão T-219/99, *British Airways* [2003].

Acórdão T- 168/01, *GlaxoSmithKline* [2006].

Acórdão T-419/03, *Alstoff Recycling v. Commission* [2011].

Acórdão T-83/91, *Tetra Pak v. Comissão* [1994].

Acórdão T-128/98, *Aéroports de Paris* [2000].

Acórdão T-17/93, *Matra* [1994].

Decisões da Comissão Europeia

Decisão 1386/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 2013, relativa a um programa geral de ação da União para 2020 em matéria de ambiente «Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta».

Decisão da Comissão 2001/663/EC *Eco-Emballages* [2001] JO L 233/37.

Decisão da Comissão 79/934/EEC *BP Kemi* [1979] JO 286/32.

Decisão da Comissão 86/398/CEE *Proliproleno* [1986] JO L 230/1.

Decisão da Comissão 2000/475/EC, *CECED* [2000] JO L 187/47.

Decisão da Comissão 90/33/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE [1990] L 18/35.

Decisão da Comissão 93/49/CEE *Ford/Volkswagen* [1993] L 20/14.

Decisão da Comissão 94/332/CE, *Exxon/Shell* [1994] L 144/20.

Decisão da Comissão 92/96/CEE, *Assurpol* [1992] L 37/16.

Decisão da Comissão 83/669, *Carbon Gas Technologie* [1983] L 376/17.

Decisão da Comissão 88/541/CEE, *BBC Brown Boveri* [1988] L 301/68.

Decisão da Comissão 2001/837/CE *DSD* [2011] L 319/1.

Decisão da Comissão 2004/208/CE *ARA/ARGEU/ARO* [2004] JO L 75/59

Tabela de Legislação

Tratado da União Europeia

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Legislação secundária

Diretivas

Diretiva 2008/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa aos resíduos e que revoga certas diretivas.

Diretiva 2006/66/CE do Parlamento e do Conselho, de 6 de setembro de 2006, relativa a pilhas e acumuladores e respetivos resíduos.

Diretiva 2000/53/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de setembro de 2000, relativa aos veículos em fim de vida.

Diretiva 2012/19/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativa aos resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos (REEE).

Regulamentos

Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão de 22 de dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO 1999 L 336/21.

Regulamento (UE) n.º 1308/2013, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 103797/2001, (CE) n.º 1234/2007 do Conselho, JO 2013 L 347/671.

Regulamento (UE) 1379/2013, de 11 de dezembro de 2013, que estabelece a organização comum dos mercados dos produtos da pesca e da aquicultura, altera os Regulamentos (CE) n.º 1184/2006 e (CE) n.º 1224/2009 do Conselho e revoga o Regulamento (CE) n.º 104/2000 do Conselho, JO 2013 L 354/1.

Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho de 22 de dezembro de 1986 que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, JO 1986 L 378/4.

Regulamento (CEE) n.º 479/92 do Conselho de 25 de fevereiro de 1992 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios), JO 1992 L 55/3.

Regulamento (CEE) n.º 3975/87 do Conselho de 14 de dezembro de 1987 que estabelece o procedimento relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas do sector dos transportes aéreos, JO 1987 L 374/1.

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado JO 2003 L 1/1.

Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho, de 25 de setembro de 2006, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 4056/86, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, e que altera o Regulamento (CE) n.º 1/2003 por forma a tornar o seu âmbito de aplicação extensível aos serviços internacionais de cabotagem e de *tramp*, JO 2006 L 269/1.

Regulamento (CE) n.º 246/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios), JO 2009 L 79/1.

Regulamento (CE) n.º 906/2009, de 28 de setembro de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios), JO 2009 L 256/31.

Regulamento (CE) N.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias»), JO 2004 L 24/1.

Regulamento (CE) n.º 1013/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativo a transferências de resíduos, JO 2006 L 190/1.

Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO 2010 L 102/1.

Regulamento (UE) N.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, JO 2010 L 335/36.

Regulamento (UE) N.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização, JO 2010 L 335/43.

Resoluções, Notificações e Comunicações

Comunicação - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO 2004 C 101/97.

Comunicação da Comissão - Orientações relativas às restrições verticais, JO 2000 C 291/1.

Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO 2009 C 45/02.

Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*) JO 2001 C 368/07.

Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação das regras específicas constantes dos artigos 169.º, 170.º e 171.º do regulamento OCM aos setores do azeite, da carne de bovino e das culturas arvenses JO 2015 C 431/01.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social e ao Comité das Regiões – Acordos Ambientais concluídos a nível comunitário no âmbito do Plano de Acção “Simplificar e melhorar o ambiente regulador” COM (2002) 412 final.

Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2010 COM (2014) C 200/01.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*, COM (2011) 244 final.

Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência JO 1997 C 372/03.

Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal JO 2001 C 3/02.

Comunicação da Comissão, sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal JO 2011 C 11/01.

Comunicação da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado JO 2004 C 101/07.

Comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho relativa ao processo n.º IV/C-3/36.494 — compromisso de poupança de energia apresentado pela EACEM JO 98 C 12/02.

Livros Brancos e Livros Verdes, *Working Papers*, Comunicados de Imprensa, Relatórios

Livro Verde Sobre As Restrições Verticais No Âmbito da Política Comunitária da Concorrência COM (96)721.

Livro Verde sobre instrumentos de mercado para fins da política ambiental e de políticas conexas COM (2007) 140 final.

Comissão Europeia. (1979). *Ninth Report on Competition Policy*.

XXVIII Relatório Sobre a Política de Concorrência.

XXV Relatório Sobre a Política de Concorrência.

XXII Relatório Sobre a Política de Concorrência.

Documento de Trabalho da Comissão, *Integração das considerações ambientais em políticas noutras domínios – balanço do processo de Cardiff*, COM (2004) 394 final.

Comissão Europeia. (2005). *DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems*.

Comunicado de Imprensa IP/04/1540 de 23 de dezembro de 2004.

Comunicado de Imprensa IP/09/369 de 9 de março de 2009.

Comunicado de Imprensa da Comissão IP/98/865 de 6 de outubro de 1998.

Comunicado de Imprensa MEMO/10/676 de 14 de dezembro de 2010.
Governança Europeia - Um livro branco COM/2001/0428 final.