

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DIANTE DE IRREGULARIDADE DE AGENTE ECONÔMICO ALVO DE RECUSA DE CONTRATAR CONCERTADA – COMENTÁRIO A ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU

VICENTE BAGNOLI

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP.
Conselheiro do IBRAC. Diretor da Câmara Brasil-Itália de Comércio, Indústria e Agricultura
e consultor não governamental da *International Competition Network* – ICN.

AMANDA R. E. NAVAS

Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Lisboa.
Pós-graduada em Regulação Pública e Concorrência pela Universidade de Coimbra.
Membro do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito
da Universidade Presbiteriana Mackenzie (GEDC-Mack). Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: O artigo comenta a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do processo C-68/12, de 07.02.2013, que basicamente analisa a aplicação da proibição do art. 101.º, n. 1 do Tratado para o Funcionamento da União Europeia, diante de um cartel que restringia a concorrência, bem como a questão da necessidade de autorização a empregado, via mandato, ou presença pessoal do representante estatutário de uma sociedade empresária em reunião com objeto anticoncorrencial e, por fim, a aplicação da exceção à referida proibição do art. 101.º, n. 1, do Tratado, contida no n. 3 do mesmo dispositivo.

PALAVRAS-CHAVE: Acordos, decisões e práticas concertadas (conceito de cartel) – Pretensa irregularidade de concorrente no mercado em causa.

ABSTRACT: This article intends to comment a precedent decided by the European Court of Justice in the case C-68/12 of 7 February 2013, which basically analyzes the application of the prohibition in Article 101, paragraph 1 of the TFEU before a cartel that restricted competition, as well as the necessity to demonstrate personal conduct of a representative authorized under the undertaking's constitution or the its personal assent, in the form of a mandate to a employee, who has participated in an anti-competitive meeting, and, finally, the application of the exception to the prohibition of Art. 101, paragraph 1, of the Treaty contained in paragraph 3 of the same article.

KEYWORDS: Agreements, decisions and concerted practices – Competitor allegedly operating unlawfully on the market concerned.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A análise do caso na República Eslovaca – 3. A análise do caso pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de comentário ao Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no dia 07.02.2013, no caso C-68/12, em que figuravam como parte o Protimonopolný úrad Slovenskej republiky (Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca) e o banco Slovenská sporiteľňa a.s., a partir dos fatos a seguir relatados.

Uma sociedade empresária, denominada Akcenta CZ a.s.,¹ que presta serviços de operação de câmbio escritural, sediada em Praga, República Tcheca, tinha contratos firmados com três importantes bancos da Eslováquia,² pois necessitava de contas correntes abertas nesse país para exercer suas atividades empresariais. Dentre essas atividades está a transferência de divisas para dentro e para fora da Eslováquia.

Os bancos eslovacos consideraram a Akcenta como uma concorrente que prestava serviços aos seus clientes e, insatisfeitos com a diminuição de seus resultados econômicos no tocante à atividade de transferência internacional devido à atuação da Akcenta, os bancos eslovacos rescindiram os contratos relativos às contas correntes da referida sociedade. Tais contratos eram imprescindíveis para a Akcenta realizar operações de câmbio escritural na Eslováquia, ou seja, a rescisão desses contratos impossibilitaria a Akcenta de se manter nesse mercado.

Diante disso, foi instaurado um procedimento, em que restou comprovado o conluio dos bancos diante de reunião realizada e subseqüentes comunicações por mensagem eletrônica. No conjunto probatório comprovou-se que cada um dos bancos rescindiria o contrato que os vinculava à Akcenta de forma concomitante, para evitar que parte de seus clientes migrasse para o banco que mantivesse contas correntes da Akcenta abertas.

2. A ANÁLISE DO CASO NA REPÚBLICA ESLOVACA

A autoridade de defesa da concorrência eslovaca de primeira instância, denominada Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor dohľad obmedzujúcich súťaž (Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca) concluiu que a conduta perpetrada pelos bancos constituía um acordo que visava restringir a concorrência e aplicou multas de mais de 3 milhões de euros para cada banco.

Houve recurso da decisão proferida em primeira instância, cabendo então ao Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (Conselho da Autoridade da

1. Doravante denominada Akcenta.

2. A saber, o Slovenská sporiteľňa a.s., o Československá obchodná banka a.s. e o Všeobecná úverová banka a.s.

Concorrência da República Eslovaca) analisar o caso. O órgão administrativo de segunda instância ampliou a qualificação jurídica da prática em causa, mantendo o valor das multas.

Novo recurso foi interposto por um dos bancos, qual seja o Slovenská sporiteľňa, porém, perante o Krajský súd Bratislava (Tribunal Regional de Bratislava). Em sede de acórdão, o Tribunal sublinhou que o Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca (órgão administrativo de primeira instância) aplicou equivocadamente os conceitos de concorrente e de mercado, pois deixou de examinar se a Akcenta podia ser considerada concorrente do Slovenská sporiteľňa no mercado em questão tendo em vista que era apenas cliente, ou seja, atuava em outro nível da cadeia produtiva. Além disso, no entendimento do Tribunal, a Akcenta também não poderia ser considerada um concorrente, pois faltava-lhe autorização do Národná banka Slovenska (Banco Nacional da Eslováquia) para exercer esse tipo de atividade em território eslovaco. Em outras palavras, tal sociedade empresária não poderia ser considerada como concorrente diante dessa irregularidade, pois o exercício da atividade era ilegal e não merecia se beneficiar de proteção jurídica.

O Tribunal ressaltou que o Národná banka Slovenska havia aplicado à Akcenta uma multa de 35.000 euros, por ter realizado operações cambiais na Eslováquia sem autorização no período compreendido entre janeiro de 2008 e junho de 2009, porém, tal multa foi anulada posteriormente pelo Banková rada Národnej banky Slovenska (Conselho Bancário do Banco Nacional da Eslováquia) e o processo aberto em face da Akcenta restou arquivado por ter expirado o prazo de prescrição em matéria de sanções pecuniárias.

Apesar do arquivamento, o Tribunal reiterou que a Akcenta não poderia ser considerada como concorrente dos bancos eslovacos, mas apenas cliente dos mesmos, pois prestava serviços de modalidades diferentes das oferecidas pelos bancos e sua atuação se dava em outro nível da cadeia produtiva. Salientou ainda o referido Tribunal, que o órgão administrativo de primeira instância competente para analisar questões relacionadas à defesa da concorrência não se ateve às circunstâncias em que o acordo em causa no processo principal tinha sido celebrado, haja vista a ausência de comprovação no tocante às tentativas infrutíferas da Akcenta de abrir novas contas bancárias no banco Slovenská sporiteľňa.

Diante disso, o Tribunal anulou ambas as decisões administrativas nas partes relativas ao banco recorrente, qual seja, o Slovenská sporiteľňa, remetendo o processo ao órgão administrativo de primeira instância.

O Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca (órgão administrativo de primeira instância) recorreu ao Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo da República Eslovaca) alegando que foi demonstrado de forma suficiente que a Akcenta era concorrente dos bancos no mercado eslovaco de operações de câmbio escritural e que a ilegalidade da

Akcenta, por esta operar sem dispor da necessária autorização, não afeta a análise da conduta perpetrada pelos bancos à luz da legislação de defesa da concorrência.

Argumentou o referido órgão em sede recursal que a legalidade da atividade desempenhada pela Akcenta não foi aduzida nem pelo Slovenská sporiteľňa nem pelos outros bancos no processo principal. Ademais, alegou que não há provas de que a Akcenta operasse ilegalmente, tendo em vista que a decisão do Conselho Bancário do Banco Nacional da Eslováquia se reportava ao período compreendido entre janeiro de 2008 e junho de 2009, ao passo que a Akcenta operava no mercado eslovaco desde 2003 e o comportamento anticoncorrencial dos bancos ocorreu em 2007. Isso significa que mesmo que a conduta tivesse ocorrido no período em que a Akcenta atuou sem a autorização necessária, o que não ocorreu concretamente, os efeitos dessa irregularidade estariam prescritos, evitando de vício a condenação. Por isso, a decisão do Conselho Bancário em face da Akcenta restou anulada.

O Slovenská sporiteľňa, por sua vez, reiterou o argumento de que a Protimonopolný úrad não considerou suficientemente que a Akcenta operava ilegalmente no mercado eslovaco e que, por conta disso, não estariam reunidas as condições exigidas em matéria concorrencial, ou seja, não se poderia invocar nenhuma restrição à concorrência, pois não havia razão para sancionar um comportamento que conduziria ao afastamento de uma empresa que operava ilegalmente.

O banco sublinhou, ainda, que não ficou demonstrado que a reunião realizada em 10.05.2007 tenha resultado no referido acordo, pois seu empregado, que esteve presente nessa reunião, se limitou a recolher informações sobre o projeto de rescisão dos contratos relativos às contas correntes da Akcenta.

Diante disso, o Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo da República Eslovaca), na qualidade de órgão jurisdicional de cujas decisões não cabe recurso interno, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) algumas questões prejudiciais: (i) a primeira pergunta se refere à relevância jurídica, diante do art. 101.º,³ n. 1 do Tratado sobre o Funcio-

3. "Art. 101.º

(ex-art. 81.º TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

namento da União Europeia,⁴ da ilegalidade operacional de um concorrente alvo de um cartel; (ii) o segundo questionamento refere-se a relevância jurídica para a interpretação do supramencionado artigo da falta de análise por parte das autoridades da Eslováquia da legalidade do comportamento do concorrente no momento da conclusão do acordo colusivo; (iii) a terceira pergunta é se diante de um acordo restritivo da concorrência se faz necessário demonstrar o comportamento pessoal do representante estatutário ou o consentimento pessoal, sob a forma de mandato, do representante que tenha ou possa ter participado no acordo restritivo da concorrência, na atuação de seu empregado, se a empresa não se tiver distanciado da atuação deste e, simultaneamente, também tiver dado execução ao acordo; e, por fim, (iv) o quarto questionamento se o n.º 3 do art. 101 do TFUE pode ser aplicado a um acordo proibido pelo n.º 1 do mesmo artigo o qual teve por efeito excluir do mercado concorrente em particular que atuava irregularmente, ou seja, sem possuir a licença exigida pela legislação nacional.

3. A ANÁLISE DO CASO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em sede de acórdão analisou as quatro questões suscitadas pelo Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo da República Eslovaca), sendo que as duas primeiras foram examinadas em conjunto e as demais apartadamente.

Quanto às duas primeiras questões, cujo assunto principal se restringe à ilegalidade operacional da Akcenta, ou seja, se é relevante o fato de um concorrente prejudicado por um cartel atuar de forma irregular e pretensamente ilegal no mer-

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;

e) 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 o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

4. Doravante denominado TFUE.

cado em causa no momento da execução da conduta restritiva à concorrência, o Tribunal recordou que o art. 101.º, n. 1, do TFUE declara como incompatíveis com o mercado interno e, portanto, proibidos, 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 visem ou tenham como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.⁵

Em outra oportunidade, o Tribunal colocou que os conceitos de “acordo”, de “decisões de associações de empresas” e de “prática concertada” são formas de conluio da mesma natureza sob o ponto de vista subjetivo e, somente se diferenciam uma das outras pela intensidade e formas como são manifestadas.⁶

A diferenciação do objeto de aplicação da regra importa também para a apreensão de formas diferentes de coordenação e conluio entre empresas nas proibições desse artigo.⁷

Assim, o elenco constante no art. 101.º, n. 1, do TFUE, implica que a regra deve ser aplicada a todos os conluios entre empresas independentemente de sua forma, sendo apenas fundamental a distinção entre o comportamento autônomo, que é autorizado, e o conluio, que é ilegal, tornando-se, portanto, desnecessária qualquer diferenciação no que se refere ao conceito de conluio.⁸

Por isso, é indiferente para a aplicação do art. 101.º, n. 1, do TFUE, a forma de conluio, ou seja, se um comportamento que tenha por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência se trata de um acordo, uma decisão de associações de empresas ou de prática concertada.⁹

Ponderadas as circunstâncias do caso concreto, um conluio para ser proibido deve reunir objetivamente os elementos constitutivos da referida proibição, tal como vêm enunciados no n. 1 do art. 101.º do TFUE.¹⁰ No caso LTM, o Tribunal de

5. “Art. 101.º (ex-art. 81.º TCE): “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...)”

6. Cf. *Comissão vs. Anic Participazioni*, C-49/92, p. 131.

7. O Tribunal no caso *ICI vs. Comissão* C-48/69 p. 64 assim entendeu: “Embora o art. 85.º (atual art. 101) faça a distinção entre ‘prática concertada’ e ‘acordos entre empresas’ ou ‘decisões de associação de empresas’, é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração duma convenção propriamente dita, substitui ciente e uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência.”

8. Cf. *Comissão vs. Anic Participazioni*, C-49/92, p. 108.

9. Cf. *T-Mobile Netherlands e outros.*, C-8/08, p. 24.

10. Cf. *LTM* n. 56/65, Colect. 1965-1968, p. 386.

Justiça Europeu interpretou parte desses elementos constitutivos, entendendo que um conluio para ser proibido deve ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros da União Europeia, por isso a regra fixou a aplicação da proibição a comportamentos incompatíveis com o mercado interno, exigindo como condição previewal o entrave ao comércio entre os Estados-membros.¹¹

Também, para que o comportamento em questão subsuma-se à proibição do n. 1 do art. 101.º do TFUE, deve ter por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.¹²

Analisando tal dispositivo, ressalta-se que os requisitos trazidos não são cumulativos, mas alternativos, ou seja, para que se verifique se um conluio se subsume à proibição, pode-se analisar o objetivo ou o efeito anticoncorrencial. O caráter alternativo é corroborado pela conjunção “ou” trazida pelo dispositivo legal.

A interpretação pelo Tribunal de Justiça Europeu dessa regra no que se refere ao caráter alternativo desses requisitos indica que se deve considerar o objetivo da conduta tendo em conta o contexto jurídico-econômico em que se encontra, ou seja, para que se tenha um objetivo anticoncorrencial, basta que o comportamento sob análise, quer seja um acordo, uma decisão de associações ou uma prática concertada, seja apto, atendendo ao contexto jurídico-econômico a que está inserido,¹³ a impedir, restringir ou falsear a concorrência, isto é, basta ser suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência.

Assim, deve-se examinar o propósito da conduta, ou seja, o caráter anticoncorrencial do comportamento examinado considerando nomeadamente as finalidades objetivas que se pretende atingir com a prática, o contexto em que se inscreve, o comportamento dos agentes, tendo em conta também, na hipótese de acordos, seus termos e suas regras.¹⁴⁻¹⁵

Caso a análise do objetivo não revele nocividade suficiente à concorrência, passa-se a examinar os efeitos concretos. Neste caso, para que a conduta possa ser

11. Idem, p. 387.

12. Idem, ibidem.

13. Cf. acórdãos de 28.03.1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink vs. Comissão*, 29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n. 26. assim como de 06.04.2006, *General Motors vs. Comissão*, C-551/03 P, Colet., p. I-3173, n. 66.

14. Cf. *IAZ International Belgium e outros vs. Comissão*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n. 25 e *Bcef Industry Development Society e Barry Brothers*, C-209/07, n. 16 e 21.

15. “O carácter não cumulativo, mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção ‘ou’, conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. As alterações da concorrência referidas no art. 85.º, n. 1, devem resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas.” Cf. *LTM* n. 56/65, Colet. 1965-1968, p. 387.

tida como anticoncorrencial, isto é, para que possa ser objeto da proibição do art. 101.º, n. 1, do TFUE, exige-se, então, a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi impedida, restringida ou falseada.¹⁶

O exame dos efeitos concretos pode complementar a análise do objetivo do comportamento e, isso resulta que a ponderação dos efeitos tem mais importância para calcular o montante das multas e avaliar os direitos a indenizações.¹⁷

Assim, tanto os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas quanto as práticas concertadas são proibidas, independentemente dos efeitos concretos, se tiverem um objeto anticoncorrencial.¹⁸

Na esteira da jurisprudência consolidada, a Corte reiterou no acórdão Akcenta, que para aplicação do art. 101.º, n. 1, do TFUE, a consideração dos efeitos concretos de um acordo não é necessária quando se vislumbra seu escopo de restringir, impedir ou falsear a concorrência,¹⁹ ou seja, conluíus que prosseguem manifestamente um objeto anticoncorrencial torna supérflua a análise de seus efeitos concretos, o que implica na sua contrariedade à regra contida no n. 1 do art. 101.º do Tratado.²⁰⁻²¹⁻²²

16. Cf. LTM n. 56/65 p. 381, 387 e 388.

17. Cf. *T-Mobile Netherlands e outros*, C-8/08, n. 41 em referência ao n. 46 das conclusões da advogada-geral, que assim expôs: "(...) é ir longe demais fazer depender a constatação de um objectivo anticoncorrencial da verificação efectiva da existência de efeitos anticoncorrenciais concretos em cada caso, quer se trate de efeitos para os concorrentes, para os consumidores ou para a generalidade das pessoas. Para a aplicação da proibição do art. 81.º, n. 1, CE é suficiente que uma prática concertada, segundo a experiência existente, tenha a potencialidade de desenvolver efeitos negativos na concorrência", fazendo referência ao n. 21 das Orientações da Comissão "Orientações relativas à aplicação do n. 3 do art. 81.º do Tratado" (JO C 101, p. 97). Ainda, "Por outras palavras, a prática concertada tem apenas de ser concretamente apta – ou seja, de acordo com o seu contexto jurídico e económico – a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Se e em que medida tal efeito anticoncorrencial realmente se verifica apenas pode, em qualquer caso, ser relevante para a graduação do montante de eventuais coimas e para efeitos de eventuais pedidos de indemnização".

18. Cf. *Comissão vs. Anic Partecipazioni*, C-49/92, n. 123 e *Hüls vs. Comissão* C-199/92, n. 164.

19. Cf. *Consten e Grundig vs. Comissão*, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 434: "(...) para efeitos da aplicação do art. 85.º, n. 1, (atual art. 101.º, n. 1) a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência".

20. Cf. *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, C-209/07, n. 18.

21. No mesmo sentido, *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão*, C-238/99 (principal), n. 508; *KME Germany e outros vs. Comissão*, C-389/10, n. 75; *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied vs. Comissão*, C-105/04, n. 125; C-105/04, n. 125; C-209/07; C-277/87; C-219/95 etc.

O Tribunal de Justiça Europeu entendeu ainda em outras oportunidades que as regras de defesa da concorrência contidas no Tratado, como o artigo supramencionado, visam assegurar os interesses de concorrentes, consumidores e, ainda, a estrutura do mercado, portanto, visa proteger a concorrência em si mesma.²³

O dispositivo legal aplicado ao caso concreto não abrange somente condutas de agentes econômicos que privam os consumidores de certas vantagens, ou seja, não somente acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que prejudiquem os consumidores podem ter um escopo anticoncorrencial e, portanto, insurgindo contra o art. 101.º, n. 1, do TFUE, mas qualquer forma de conluio que prejudique a concorrência.

Assim, a existência de objetivo anticoncorrencial de um conluio não pode subordinar-se à privação dos benefícios de um ambiente concorrencialmente eficaz em termos de preços ou de aprovisionamento por parte dos consumidores finais.²⁴

Cumprе mencionar que o rol de condutas trazido pelo art. 101.º, n. 1, do TFUE é exemplificativo, ou seja, não forma, a *contrario sensu*, um elenco taxativo de conluios proibidos.²⁵

O Tribunal de Justiça entendeu, no caso sob análise, que houve conluio por parte dos bancos eslovacos e que esse conluio se tratou de um acordo celebrado entre os bancos destinado especificamente a restringir a concorrência, enquadrando-se, então, na proibição do n. 1 do art. 101.º do referido Tratado.

-
22. Saliente-se que embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um comportamento, pode-se levá-la em conta, pois as circunstâncias em que foi implementada a conduta exprime a intenção dos agentes naquela ocasião. Cf. *IAZ International Belgium e outros vs. Comissão*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n. 23 a 25.
23. Cf. *GlaxoSmithKline Services e outros vs. Comissão e outros*, C-501/06, C-513/06, C-515/06 e C-519/06, Colet., p. I-9291.
24. Vide acórdão *T-Mobile Netherlands e outros*, C-8/08, n. 38 e 39.
25. Cf. *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, C-209/07, n. 23, que faz referência ao n. 48 das conclusões da advogada geral Verica Trstenjak, que assim colocou: “o conceito de objectivo de restrição da concorrência também não pode ser reduzido a uma enumeração exaustiva. Já o vocábulo ‘designadamente’ no art. 81.º, n. 1, CE, torna desde logo claro que as restrições à concorrência abrangidas pelo art. 81.º, n. 1, CE, não estão limitadas às que são referidas no art. 81.º, n. 1, alíneas a-e, CE. Não podem, por isso, os objectivos de restrições à concorrência ser limitados aos exemplos referidos no art. 81.º, n. 1, alíneas a-c, CE”, citando em nota Aicher, J./Schuhmacher, F., in Grabitz/Hilf – *Das recht der Europäischen Union*, volume 2, München, 34.º fascículo de atualização, de Janeiro de 2008, art. 81.º, n. 1; Bellamy & Child, op. cit. (nota 15), nota 402 no ponto 2.097, onde se refere justamente que também outros acordos podem igualmente ter por objetivo uma limitação da concorrência. c. Wish, R., Wish, R. – *Competition Law*, London, 5. ed. 2003, p. 106 onde se refere que se trata de uma enumeração a título exemplificativo.

A Corte Europeia, no caso *LTM*, já havia delineado entendimento de que um acordo que restrinja, falseie ou impeça a concorrência se enquadrará na proibição do n. 1 do art. 101.º do TFUE se celebrado entre empresas²⁶ e, no caso *Consten e Grundig vs. Comissão*,²⁷ entendeu que a concorrência pode ser falseada, não apenas por meio de acordos que a limitem entre as partes, mas ainda por meio de acordos que impeçam ou restrinjam a concorrência que poderia existir entre uma delas e terceiros,²⁸ ou seja, que acordos entre empresas podem falsear a concorrência ao impedir que concorrente exerça sua atividade econômica.

Ademais, em um acordo restritivo da concorrência, as partes podem impedir ou limitar a concorrência de terceiros sobre os seus produtos, e, por conseguinte, em detrimento do consumidor.²⁹

Isso significa que um acordo entre agentes econômicos que impeça ou limite que terceiros tenham acesso aos seus produtos, mesmo que esses terceiros não sejam concorrentes, ou seja, mesmo que esses terceiros atuem em outro nível da cadeia produtiva, é proibido à luz do n. 1 do art. 101.º do TFUE.

Por isso, mostra-se reduzido o fundamento do Tribunal Regional da Bratislava que reformou a decisão da autoridade da concorrência de primeira instância: de que esta aplicou de forma equivocada o conceito de concorrente, pois decorria dos autos que a Akcenta não era concorrente dos bancos em causa, mas apenas cliente dos mesmos, uma vez que atuava em outro nível da cadeia produtiva e oferecendo outros produtos diferentes dos oferecidos pelos bancos.

Em outras palavras, acordos entre agentes econômicos que restrinjam a atividade de terceiros ao dificultar o acesso a seus produtos, para serem considerados anticoncorrenciais independem da atuação do terceiro, se em outro nível da cadeia produtiva ou como concorrente dos infratores.

No caso concreto, a Akcenta era tanto cliente dos bancos, quanto concorrente, já que os bancos eslovacos também ofereciam o serviço de transferência internacional de divisas.

Além disso, no tocante à irregularidade da Akcenta, conforme fundamentação do acórdão, nenhum dos bancos contestou a ilegalidade operacional da Akcenta antes da fase instrutória do processo principal. Consequentemente, a situação jurídica da Akcenta mostra-se irrelevante para a aplicação do art. 101.º, n. 1, do TFUE.

Adicionalmente, o Tribunal Europeu, nessa ocasião, manifestou-se no sentido de que compete às autoridades públicas locais e não às empresas ou associações

26. Cf. *LTM* n. 56/65 p. 387.

27. *Consten e Grundig vs. Comissão*, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968.

28. Vide *Consten e Grundig vs. Comissão*, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 430.

29. *Idem*, p. 431.

privadas garantir o cumprimento da lei. Em outras palavras, o respeito pelos requisitos legais não deve ser garantido por agentes econômicos privados, mas por instituições públicas, respaldando-se, a Corte, no caso concreto, à descrição da situação da Akcenta pelo governo checo,³⁰ de que a aplicação da legislação vigente poderia implicar em avaliações complexas, não cabendo, portanto, a essas empresas ou associações de empresas fazê-la.

Em outras palavras, mesmo que a Akcenta estivesse operando ilegalmente na Eslováquia, tal fato não legitima a conduta anticompetitiva dos bancos, bem como não os isenta de responsabilidade pela infração anticoncorrencial.

Respondendo às duas primeiras indagações feitas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal concluiu que o art. 101.º, n. 1, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que a forma pretensamente ilegal de atuação de uma empresa prejudicada por um cartel que vise restringir a concorrência no momento da celebração do acordo colusivo é irrelevante para se analisar se o referido cartel constitui uma infração.

De acordo com esse entendimento, qualquer *player*, mesmo que atue de forma irregular, sem licença para exercer determinada atividade, vender determinado produto, ou sem registro para desenvolver atividade empresária de um modo geral, por exemplo, sendo alvo de uma conduta anticoncorrencial, como de um cartel que vise restringir a concorrência, impossibilitando o exercício de tal atividade econômica por parte desse *player*, estará também protegido pelas regras de defesa da concorrência assim como os *players* que atuem de forma regular.

Significa também dizer que a pretensa irregularidade de um agente econômico no momento em que está sendo afetado por um comportamento anticompetitivo não obsta que tal comportamento seja considerado uma infração concorrencial, e portanto, condenável.

Por isso, mostra-se indiferente, para a aplicação das regras concorrenciais comunitárias a regularidade de uma sociedade empresária.

A *ratio* por trás desse entendimento está justamente na tutela difusa do direito da concorrência, que visa à proteção da concorrência e do mercado como um todo.

Assim, de acordo com o entendimento do supramencionado Tribunal, a proteção da concorrência, e, por conseguinte, a proteção de um concorrente, deve dar-se independentemente da situação, se regular ou não, desse concorrente no momento em que ocorreu a conduta, não sendo, portanto, relevante para se analisar se um cartel ou qualquer outra conduta anticompetitiva, constitui infração às regras de defesa da concorrência.

30. Em processos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia é permitida a participação de representantes do governo de Estados Membros. Estes podem, inclusive, apresentar observações como a citada descrição feita pelo governo checo.

Quanto à terceira indagação, que se resume à necessidade de demonstração do comportamento pessoal de representante estatutário de uma sociedade empresária ou de acordo particular por meio do qual esse representante, que supostamente participou da celebração de acordo restritivo da concorrência, autorizou, mediante instrumento de mandato, a atuação de seu empregado, quando a sociedade não se afastou dessa atuação e executou o acordo concomitantemente.

De acordo com a autoridade de defesa da concorrência de primeira instância, essa questão é oriunda da argumentação de um dos bancos, o qual afirma que na reunião realizada em 10.05.2007, um de seus empregados que não tinha poderes para representar o banco, pois faltava-lhe mandato, foi quem compareceu ao encontro. Alegou ainda, nessa ocasião, que não restou demonstrado que o banco tivesse acordado com o combinado nessa reunião.

O TJUE, ao fundamentar sua decisão nesse tocante, recordou o caso *Musique Diffusion française e outros vs. Comissão*,³¹ entendendo que para aplicação da proibição do art. 101.º, n. 1, do TFUE basta a atuação de uma pessoa autorizada a agir por conta da empresa, não sendo necessária a atuação direta de sócios ou principais gestores da sociedade ou a autorização destes.

Nesse caso específico, qual seja, o *Musique Diffusion française e outros vs. Comissão*, a referida Corte salientou que não é necessária tanto a atuação quanto o conhecimento por parte dos sócios ou dos principais gestores da sociedade empresária afetada, bastando a atuação de uma pessoa autorizada a agir por conta da empresa.³²

Além disso, no caso *Akcenta*, o Tribunal, seguindo entendimento da Comissão Europeia, asseverou que a participação em carteis constitui uma atividade clandestina na maioria dos casos. Por isso a participação não está sujeita a formalidades, sendo escassos os exemplos de mandatários incumbidos de cometer uma infração ao TFUE.

Em outras palavras, raramente haverá a outorga de poderes a um representante de uma empresa para participar de uma conduta colusiva diante da ilegalidade do comportamento, por isso a representação não segue regras formais.

No tocante a acordos de natureza anticoncorrencial que se manifestem em reuniões de empresas concorrentes, como no caso vertente, o Tribunal de Justiça Europeu já decidiu em outras ocasiões que constitui infração ao art. 101.º, n. 1, do TFUE encontros que têm por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência e que se destinem, portanto, a organizar artificialmente o funcionamento do mercado. Nesse caso, basta a demonstração da participação da sociedade empresária em

31. *Musique Diffusion française e outros vs. Comissão*, 100/80 a 102/80.

32. *Idem*, Recueil, p. 1825, n. 97.

reuniões pelas quais os acordos de natureza anticoncorrencial foram estabelecidos para provar a participação da referida empresa no acordo e, portanto, na infração.³³

Esse entendimento foi elaborado na ocasião do julgamento do caso *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão* em que, especificamente, o Tribunal de Justiça Europeu estabeleceu que implica em infração ao disposto no art. 101.º, n. 1, do TFUE acordos que tenham por objetivo restringir, impedir ou falsear a concorrência, independentemente dos seus efeitos concretos, manifestos em reuniões de empresas concorrentes: (a) se tais reuniões têm esse objetivo anticoncorrencial, isto é, se visam organizar artificialmente o funcionamento do mercado; e (b) se a responsabilidade da empresa ficar validamente provada diante de sua participação nessas reuniões tendo conhecimento do seu objetivo, e, ainda que não tenha conhecimento, se esta colocou em prática uma ou outra medida acordada nessas reuniões.³⁴

Comprovada a participação de uma sociedade empresária em reuniões com empresas concorrentes que versavam sobre objeto anticoncorrencial, conforme critérios acima, o ônus da prova é invertido.³⁵ Isso significa que essa sociedade deverá demonstrar que a sua participação não tinha intenção anticoncorrencial e que houve indicação aos seus concorrentes de que a sua participação estava fundada sob uma perspectiva diferente da deles, ou seja, a sua participação estava vinculada a outros aspectos e interesses, diferentes daqueles anticoncorrenciais colocados por seus concorrentes.

A jurisprudência assente do TJUE segue esse caminho de que se restar provada a participação da empresa em causa em reuniões entre empresas que atuam horizontalmente em um mesmo mercado relevante e que em tais reuniões foram celebrados acordos, ou estabelecidas práticas concertadas, deve-se demonstrar que houve manifesta oposição por parte dessa empresa, cabendo-lhe, ainda, apresentar indícios que possam demonstrar que a sua participação nas referidas reuniões foi desprovida de qualquer intenção anticoncorrencial, demonstrando, ainda, que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa ótica diferente da deles.³⁶

É imperioso o afastamento público dessa sociedade em relação às outras e à estratégia anticoncorrencial para que a participação não seja interpretada como uma aprovação tácita da colusão ou como uma aceitação do resultado da conduta

33. Cf. *Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel vs. Comissão*, C-403 e C-405/04, I-729, n. 47.

34. Cf. *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão*, C-238/99, n. 508 e 509.

35. Vide *Comissão vs. Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Colect., p. I-125, n. 96.

36. Cf. *Acórdãos Archer Daniels Midland vs. Comissão*, C-510/06, n. 120; *Hüls vs. Comissão*, C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n. 155 e *Aalborg Portland e outros vs. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, n. 81.

ilícita. Tal distanciamento deve ser claro de modo que os outros participantes considerem descartada a sua participação. Outra atitude que pode ser considerada para fins de comprovação da não participação,³⁷ ou ao menos para que se beneficie dos efeitos de programas de leniência, seria denunciar às autoridades a infração.

A razão da necessidade desse afastamento público é que, tendo participado na referida reunião sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a sociedade empresária deu a entender aos outros participantes do conluio que subscrevia o seu resultado e que atuaria em conformidade com ele.³⁸

Ademais, a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem que haja um afastamento público do conteúdo tratado nas reuniões ou sem a denúncia dos fatos às autoridades competentes, tem por efeito incentivar a continuidade da infração, comprometendo, inclusive, a sua descoberta e, conseqüentemente a sua coerção, corroborando uma verdadeira cumplicidade. Tal cumplicidade nada mais é do que um modo passivo de participação no conluio e, dessa forma, a empresa deve incorrer em responsabilidade por seus atos, sejam eles comissivos ou omissivos.³⁹

Cumprе mencionar que o fato de uma sociedade empresária não dar seguimento ao que foi estabelecido na reunião que tem por objeto infração concorrencial não afasta a sua responsabilidade pela participação, a menos que tenha havido um distanciamento público conforme explanado acima.⁴⁰ Isso porque a participação de uma empresa em reuniões com objeto anticoncorrencial tem por efeito criar ou reforçar uma concertação.⁴¹⁻⁴²

Diante disso, o Tribunal, visando responder à terceira indagação que lhe foi submetida, entendeu que não é necessário demonstrar que houve comportamento pessoal do representante estatutário de uma empresa ou a existência de um contrato particular de mandato autorizando empregado que participou de uma reunião que tratava de assuntos anticoncorrenciais para declarar a existência de um acordo restritivo da concorrência sob o prisma do art. 101.º, n. 1, do TFUE.

37. Vide *Comap vs. Comissão*, C-290/11, n. 74 e 75.

38. *Aalborg Portland e outros vs. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, n. 82.

39. *Idem*, n. 84.

40. *Idem*, n. 85.

41. Cf. Acórdão de 16.11.2000, *Sarrió vs. Comissão*, C-291/98 P, Colect., p. I-9991, n. 50.

42. Outro ponto a ser mencionado refere-se à assiduidade da empresa nas reuniões e à execução menos completas das medidas acordadas. A gradação da participação da empresa e da execução do acordo não afetam a existência da responsabilidade, apenas servem como parâmetro para a dosimetria das sanções. Cf. *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão*, C-238/99, n. 510.

No tocante à quarta e última questão, recorde-se que dizia respeito se o art. 101.º, n. 3, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que é aplicável a um acordo proibido pelo n. 1 do mesmo artigo, que teve por efeito excluir do mercado um determinado concorrente que, posteriormente, se constatou que realizava suas atividades econômicas, qual seja, transações em divisas estrangeiras no mercado de operações de câmbio escritural, sem ter a licença exigida por lei (nacional).

O Tribunal Europeu entende que para a exceção contida no n. 3 do art. 101.º do TFUE seja aplicada, ou seja, para que a regra geral proibitiva do n. 1 do mesmo artigo seja afastada é imperioso que os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas preencham as quatro condições previstas naquele dispositivo: (a) devem contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, ou para promover o progresso técnico ou econômico; (b) devem reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro resultante da conduta; (c) não devem impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; e (d) não devem dar às empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte dos produtos em causa.

Assim, para que esse dispositivo possa ser aplicado e o benefício de uma isenção seja concedido faz-se necessária não somente a sua invocação pela parte no processo, mas também a demonstração, através de argumentos e elementos de prova convincentes, de que tais condições exigidas no dispositivo foram observadas.⁴³

A parte interessada pode fazer uso da faculdade que lhe confere o n. 3 do art. 101.º, declarando que é inaplicável à sua conduta, a proibição do n. 1 do mesmo artigo, diante de provas que justifiquem economicamente a aplicação da referida exceção. Se a conduta não melhorar a produção ou a distribuição dos produtos em causa, porque não está reservada aos usuários uma participação equitativa no benefício, tendo em vista que as restrições impostas pela conduta não são indispensáveis, eliminando, por conseguinte, a concorrência de parte substancial do mercado relevante do produto, não se pode aplicar tal isenção antitruste.

Cumprе ressaltar, que as condições enunciadas no dispositivo sob análise são cumulativas, cabendo à parte demonstrá-las todas.

No caso concreto, o banco eslovaco ponderou pela aplicação da regra excepcional, justificada pelo fato de que o acordo anticoncorrencial teve por objeto impedir que outro concorrente atue ilegalmente no mercado justamente por este não dispor de autorização exigida, haja vista que um acordo desse tipo protege as condições de uma concorrência saudável e, consequentemente, visa promover o progresso econômico na aceção do n. 3 do art. 101.º do TFUE.

43. Nesse sentido, vide *GlaxoSmithKline Services e outros vs. Comissão e outros*, C-501/06, C-513/06, C-515/06 e C-519/06, Colet., p. I-9291, n. 82; *Remia e o. vs. Comissão*, 42/84, n. 45; e *VBVB e VBBB vs. Comissão*, 43/82 e 63/82.

É notório que o banco somente invocou uma das quatro condições cumulativas contidas no n. 3 do art. 101.º do TFUE, faltando-lhe comprovar as outras três condições cumulativas enunciadas no dispositivo em questão.

E foi justamente esse o entendimento do Tribunal de Justiça Europeu, colocando que ainda que essa condição estivesse preenchida, o cartel em causa não demonstrou as outras três condições necessárias para a aplicação da regra excepcional, ressaltando a necessidade de preenchimento, principalmente, da terceira condição, que trata que a conduta não deve impor restrições às empresas em causa (leia-se concorrentes, no caso concreto) que não sejam indispensáveis à consecução de melhorias na produção ou na distribuição dos produtos, de promoção o progresso técnico ou econômico.

Mesmo que o fundamento invocado tivesse obrigado a Akcenta a respeitar a legislação eslovaca, o(s) banco(s) deveria(m) ter apresentado às autoridades competentes a questão e não excluí-la do mercado, reiterando fundamento já exposto, que não compete a agentes econômicos privados garantir o respeito de requisitos legais, mas às autoridades públicas.

Diante disso, conclui o Tribunal que o art. 101.º, n. 3, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que só é aplicável a um acordo proibido pelo art. 101.º, n. 1, do TFUE quando a sociedade empresária que invoca essa disposição provar que estão preenchidas as quatro condições cumulativas nele previstas.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, o Tribunal de Justiça Europeu aplicando as regras concorrenciais do Tratado ao caso concreto entendeu que:

1. O fato de uma empresa que foi prejudicada por um cartel que visava restringir a concorrência, operar no mercado em causa de forma pretensamente ilegal, no momento do estabelecimento desse acordo colusivo, não é relevante para se saber se o referido cartel constitui uma infração ao art. 101.º, n. 1, do TFUE.

A irregularidade do agente econômico alvo da conduta em questão não a legitima, bem como, não isenta seus autores da responsabilidade pela infração anticoncorrencial.

Além disso, o fato de um agente econômico alvo de uma conduta anticoncorrencial estar em situação irregular, não afasta a aplicação da norma de defesa da concorrência. Essa conclusão emerge fundamentalmente da tutela difusa do direito da concorrência, em que a concorrência em si é tutelada, por meio da proteção dos interesses dos concorrentes, consumidores e o próprio mercado. Assim, torna-se irrelevante a irregularidade do agente econômico alvo da conduta, pois estando este regular ou não, a conduta anticoncorrencial foi perpetrada e o impacto potencial ou efetivo na concorrência foi vislumbrado.

2. Para declarar a existência de um acordo restritivo da concorrência não é imperioso comprovar que houve um comportamento pessoal do representante estatutário de uma sociedade empresária ou um acordo particular pelo qual esse representante autorizou, por meio de mandato, a atuação de seu empregado em reunião com escopo anticoncorrencial.

3. A isenção antitruste excepcional do n. 3 do art. 101.º, o n. 1 do TFUE só é aplicável a um acordo proibido quando a empresa que o invocar também provar que foram observadas as quatro condições cumulativas previstas no mesmo dispositivo.

Por fim, cumpre mencionar, a despeito do desfecho do caso, que a conduta dos bancos eslovacos considerada como cartel (expressão que abrange acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas no Direito Comunitário) pelo Tribunal de Justiça Europeu pode ser interpretada como uma recusa de contratar concertada.

Para Hovenkamp,⁴⁴ as *Concerted Refusals to Deal* envolvem um acordo entre dois ou mais agentes econômicos que estabelecem que nenhum deles negociará com outro agente econômico. Os participantes desse tipo de acordo frequentemente são concorrentes, mas não necessariamente sempre o são.⁴⁵

Importa dizer que a recusa de contratar concertada decorre de acordos entre agentes econômicos, sejam tais acordos verticais ou horizontais.

O caso Akcenta, especificamente, se apresenta como um acordo entre concorrentes para implementar em conjunto recusa de contratar a um cliente que também atua como concorrente em outro nível da cadeia produtiva. Em outras palavras, trata-se de um acordo entre concorrentes, portanto, horizontal, que visa implementar de forma conjunta uma restrição vertical, qual seja, a recusa de contratar.

Tal conduta se enquadra como cartel (pelo acordo), subsumindo ao art. 101, n. 1, do TFUE, porém, um cartel que visa a exclusão de um agente econômico que tanto é cliente quanto concorrente. Verifica-se, portanto, que a recusa de contratar concertada pode ser considerada uma modalidade de cartel. E a Europa assim entende.⁴⁶

Pode-se concluir que, para a Corte Europeia, foi determinante para a análise do caso o acordo entre agentes econômicos que visava restringir, falsear ou impedir a concorrência, mais importante do que a recusa de contratar por si só.

44. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul: West, 2005. p. 250.

45. A recusa de contratar coletiva ou concertada (diferente das unilaterais) pode ser vertical ou horizontal, dependendo da posição dos agentes econômicos na cadeia produtiva ou de seus efeitos (como coloca a OCDE). No presente estudo não se mostra relevante discutir esse tipo de classificação.

46. Vide GOYDER, D. G. *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 140-162, apud GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010. p. 184.

Ao ser dado tratamento de cartel à conduta sob exame, focando principalmente no acordo, análises concernentes à situação de dominância das empresas que praticaram a infração, usuais em restrições verticais, de certa forma, perdem importância.

Cumprе mencionar, que tal conduta poderia ser considerada como um caso de abuso de posição dominante coletiva, subsumindo-se, então, ao art. 102 do TFUE, cujo exame determinante se referiria, principalmente à dominância e seus aspectos, dentre eles seu exercício coletivo, para além do grau de dependência econômica.

Apesar dessa possibilidade, o entendimento preponderante, no que toca à dominância coletiva, sem aprofundar a análise no que concerne à posição dominante, é de que para caracterizá-la, as empresas devem atuar de forma independente ao implementar as práticas comerciais restritivas, como se seus comportamentos fossem paralelos e não concertados. Outro ponto importante, asseverado em julgados, refere-se à forma com que as empresas se apresentam no mercado para caracterizar a dominância coletiva: mesmo sendo independentes, empresas em situação de dominância coletiva apresentam-se no mercado como uma entidade coletiva, pois possuem conexões não necessariamente formais.⁴⁷

Assim, levando-se em consideração também o desenho jurisprudencial europeu de dominância coletiva, o tratamento mais adequado naquela jurisdição para o caso concreto revela ser o de cartel (que abrange acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas) e aplicando-se, assim, o art. 101.º, n. 1, do TFUE.

Mesmo que a conduta sofrida pela Akcenta não se mostre como um cartel tradicional, apresenta natureza de cartel por conta da concertação entre agentes econômicos. Porém, apresenta-se como um cartel excludente⁴⁸ ou, em inglês, um *exclusionary agreement* ou uma *exclusionary collusion*, em que os agentes ao invés de fixar preços ou dividir mercados, como nos cartéis tradicionais, excluem rivais por meio de restrições verticais. Nesse caso específico, a restrição vertical utilizada foi a recusa de contratar, apresentando-se, então, a recusa de contratar concertada, como modalidade de cartel. Isso releva sobremaneira que uma conduta anticoncorrencial, no caso o cartel, independe de sua forma desde que objetive ou tenha por efeito restringir a concorrência ou limitá-la, mesmo por que tal conduta não se enquadra em quaisquer alíneas do art. 101.º, n. 1, do TFUE, que formam um rol meramente exemplificativo.

Cumprе salientar, por derradeiro, que um cartel excludente como a recusa de contratar concertada pode ser parte de um cartel mais complexo. Assim, a recusa

47. Vide *France v. Commission*; *Gencor v. Commission*, e *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission*.

48. Expressão que também pode ser colocada como cartel “exclusionário”, utilizando-se de neologismo.

de contratar concertada pode ser utilizada para impedir a entrada de novos concorrentes ou excluir aqueles existentes que dependem de seus “insumos” apenas, como no caso Akcenta, ou também, pode ser conduta-meio para possibilitar a fixação artificial de preços ou a divisão de mercado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do processo C-68/12, de 07.02.2013.
- FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência econômica e restrições verticais*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010.
- HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul: West, 2005.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001.
- SILVA, Miguel Moura e. *Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais, de Paulo Eduardo Lilla – *RIBRAC* 10/233 (DTR\2011\1934);
- Os auxílios estatais e o sistema de concorrência na União Europeia, de Fernando Passos – *RDCI* 40/46 (DTR\2002\290);
- O sistema de concorrência na União Europeia – modelo para o Mercosul?, de Fernando Passos – *RDCI* 32/19 (DTR\2000\350); e
- Painel IV – defesa comercial no mundo, de vários autores – *RIBRAC* 9/189 (DTR\2011\5041).