

Doutrina**O CONCEITO DE EMPRESA NO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA: SUBSÍDIOS PARA UMA DEFINIÇÃO NO MERCOSUL ¹**

Nota:

¹ Artigo escrito em sede do Projeto Conjunto de Pesquisa, Cooperação Científica e de Intercâmbio entre o Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito e a Academia Juris Internationalis, desenvolvido entre a Universidade de Giessen, Alemanha, e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil, e financiado pela CAPES e pelo DAAD.

**Augusto Jaeger Junior**

Doutor em Direito Comunitário da Concorrência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil, sob orientação da Professora Dra. Cláudia Lima Marques; Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil; Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre, Brasil, onde leciona as Disciplinas de Direito Internacional da Concorrência e Direito Comunitário da Concorrência; Autor dos Livros “Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul”, “Mercosul e a livre circulação de pessoas” e “Temas de direito da integração e comunitário”, lançados pela Editora LTr, de São Paulo; Durante os anos de 2002 a 2005, foi bolsista do DAAD na Universidade de Heidelberg, junto ao Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Erik Jayme, e em 2008 do Max-Planck-Institut de Hamburgo, Alemanha.

e-mail: ajaegerjr@hotmail.com

**Carl Friedrich Nordmeier**

Doutor em Direito Internacional Privado sob a orientação do Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Erik Jayme; Assistente no Instituto de Direito Estrangeiro, Direito Internacional Privado e Direito Econômico Internacional da Universidade de Heidelberg, Alemanha; Realizou estadia de pesquisa na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2004, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques.

e-mail: c.f.nordmeier@gmail.com

1 . Introdução; **2 .** Regras Materiais do Direito Comunitário da Concorrência e Suas Posições no TCE; **3.** Comunitarização do Conceito de Empresa; **4.** Definição do Conceito Comunitário de Empresa; **5.** Critério do Exercício de uma Atividade Econômica; **6.** Conceitos Vinculados ao de Empresa; **7.** Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Os conceitos do direito comunitário servem como fonte de inspiração para o direito do Mercosul. Este artigo versa sobre a noção de *empresa* do direito comunitário da concorrência – art. 81 e seguintes do Tratado de Roma – e sua aptidão para servir ao Mercosul na definição de um. Sendo o direito de concorrência crucial para a criação de um mercado comum, é necessário um entendimento exato das suas noções básicas. É a partir do conceito de empresa que é definido o campo de aplicação das regras de concorrência, por exemplo. No direito comunitário, ele tem sido concretizado por vários julgados do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, destacando-se cinco que são apresentados nesse artigo. Ele está diretamente ligado à noção de *associações de empresas* e funda-se na idéia do desenvolvimento de uma atividade econômica. Ao Mercosul, recomenda-se a criação de uma definição precisa que esclareça, sobretudo, a inclusão ou não de entidades públicas. O estudo da experiência comunitária na área contribuirá para a instalação de um direito da concorrência no Mercosul que venha a ser eficaz e contribua para a realização do mercado comum.

Palavras-chave: Conceito de empresa; direito comunitário da concorrência; direito da concorrência no Mercosul.

ABSTRACT

The concepts of Community Law serve as a source of inspiration for MERCOSUR Law. This article deals with the notion of *undertaking* in Community Competition Law - art. 81 and following of the Rome Treaty - and their aptitude to serve MERCOSUR in the definition of such a concept. Being Competition Law crucial for the creation of a common market, it is necessary to understand exactly its basic notions. It is from the concept of undertaking that one defines the field of application of competition rules, for example. In Community Law, this has been done in several judgments of the European Court of Justice, particularly the five cases presented in this article. This concept is directly connected to the concept of *association of undertakings* and is founded on the idea of the development of an economic activity. We recommend MERCOSUR creates a precise definition that clarifies, above all, the inclusion or not of public entities. The analysis of the Community experience in the area will contribute to the instalation of a competition law in MERCOSUR that is effective and contributes to the accomplishment of the common market.

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre o conceito de empresa no direito comunitário da concorrência – art. 81 e seguintes do Tratado que institui a Comunidade Européia (TCE). O tema não é pacífico na jurisprudência da cinquentenária organização internacional. BASEDOW, *Chairman da German Monopoly Commission*, refere-se à recente modernização do direito comunitário da concorrência como “uma história de intermináveis conceitos”². Perante o estímulo de uma afirmação como essa, o presente tem o propósito de relatar o esforço comunitário na construção de um conceito e trazer subsídios para a definição de um no processo de integração do Mercosul.

Nota:

2 BASEDOW, Jürgen. *The modernization of european competition law : a story of unfinished concepts*, p. 429-439.

Em processos de integração econômica, o direito da concorrência é fundamental para a criação de um verdadeiro mercado comum. Quando Estados soberanos se unem para facilitar o comércio transfronteiriço, necessariamente precisam garantir condições nas quais os atores no mercado possam competir de uma maneira justa. Para evitar o falseamento do comércio no mercado comum, regras de direito da concorrência são de crucial importância, ao ponto de que se possa falar até numa liberdade econômica fundamental da concorrência³.

Nota:

3 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, 807 p.

A Comunidade Européia tem como objetivo garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum, segundo o art, 3º, letra g, do TCE. Desde o início do processo de integração no âmbito comunitário, ficou claro o papel importante e central do direito da concorrência⁴.

Nota:

4 Veja CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU law : text, cases and materials*, p. 936-937.

A norma fundamental do direito comunitário da concorrência é o art. 81 do TCE. Essa disposição contém a disciplina para a proibição de cartéis, dirigida aos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e às 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 comum.

O TCE não conta com uma expressa definição para empresa, embora esta seja de grande importância. É ela que define o campo de aplicação do direito da concorrência e, por tal, a submissão ou não de uma entidade às suas regras. Em princípio, a palavra empresa encerra um amplo conceito, segundo o qual tudo pode ser empresa, ou, mais especificamente, todas as unidades econômicas que exercem atividades voltadas ao mercado. A noção em si é comunitária e não nacional, quer dizer, tem de ser interpretada de uma maneira autônoma. O conceito de empresa exige uma atividade voltada ao mercado, isto é, uma atividade econômica. Não se trata de uma característica fixa, quer dizer, é impossível dizer de antemão se uma entidade é considerada empresa ou não. Isso sempre vai depender das atividades exercidas por ela, como será visto.

O conceito de empresa vem sendo concretizado pela doutrina e por vários julgamentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE). Parte o TJCE do pressuposto que empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito jurídico autônomo e perseguindo, de forma duradoura, um fim econômico determinado. A jurisprudência tem sido flexível quanto à definição de empresa, tudo visando preservar o efeito útil do art. 81, nº 1, de modo que qualquer conduta que afete as estruturas do mercado seja proibida.

Mais remotamente, destacaram-se no estabelecimento do conceito comunitário de empresa os casos Höfner, Poucet et Pistre e Eurocontrol. Já recentemente, tornaram-se conhecidos os casos Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) e FENIN. Neles será centrado o levantamento jurisprudencial.

O conceito comunitário de empresa está diretamente ligado a outros termos, sobretudo associações de empresas. Os acordos realizados no interior de um grupo de empresas não se submetem à regra do art. 81 do TCE, mesmo aqueles que

organizam a repartição territorial das atividades das filiais. Um elemento primordial na associação de empresas é o concurso de vontades juridicamente independentes. Caso não haja concurso de vontades, como comum nas práticas entre empresas-mães e filiais, não é aplicável o art. 81 do TCE. Mas pode-se pensar na aplicação do art. 82 do TCE ao caso.

No mais, a aplicação do direito comunitário da concorrência a sujeito público (ou empresa pública comunitária) trata-se de questão re-levante para a definição do conceito de empresa. O art. 81 aplica-se quer às empresas privadas, quer às públicas. Tal amplitude resulta do seu silêncio, uma vez que não as distingue.

Da pesquisa ora realizada, três aspectos são de relevância para o Mercosul. Por um lado, constata-se a aplicação extraterritorial das regras comunitárias da concorrência. Trata-se de uma questão fundamental para o entendimento do funcionamento das mesmas. Em função desse fenômeno, as empresas situadas no Mercosul precisam saber se e em quais condições ficariam sujeitas ao direito comunitário da concorrência.

Por outro lado, pretende-se recomendar a propriedade destas noções para o desenvolvimento do direito da concorrência no Mercosul, ainda em formação. Os conceitos do direito comunitário, na maioria das vezes, servem de fonte de inspiração para o direito da integração, aplicado no Mercosul.

Também há um terceiro aspecto a ser retratado com a pesquisa sobre o conceito de empresa, este, por sua vez, de relevância para o direito do consumidor. Segundo a Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), da Comissão Européia, o objetivo do art. 81 do TCE é proteger a concorrência no mercado como um modo de garantir o bem-estar do consumidor e de promover uma melhor alocação de recursos.

Como se observa do disposto, o art. 81 do TCE é importante para o direito do consumidor, pois coordena a concorrência entre as empresas para garantir o bem-estar do consumidor. O consumidor é protegido não só no seu sentido "clássico", pela atribuição de direitos contra as empresas, mas também em um sentido "moderno", pela regulamentação do comportamento das empresas no mercado para garantir ao consumidor uma proteção indireta.

Vale referir que o ordenamento do Mercosul não se afastou da experiência que seus membros ofereceram ao incentivo à concorrência. Todas as constituições dos Estados-partes consagram disposições a res-peito. Todos eles vinculam-se ao princípio da liberdade de concorrência. As legislações especiais têm um mesmo referencial e são muito parecidas sistematicamente. O método utilizado é possuir uma regra geral que proíbe determinados comportamentos que conduzam à limitação da concorrência e uma outra norma com um catálogo de exemplos.

Mesmo assim, o Mercosul não experimentou um desenvolvimento legislativo como a União Européia. Uma cultura de concorrência ainda não é claramente delineada. O Tratado de Assunção não deu a devida atenção ao assunto, ao manter-se em silêncio sobre a inclusão explícita de regras de concorrência em seu texto. Também não há casos julgados para avaliar o comportamento das instituições. A única referência no art. 4º do Tratado, quanto à elaboração de normas comuns sobre concorrência, é o fundamento jurídico apontado para os trabalhos normativos, em especial o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, surgido pela Decisão nº 18/96, ratificado apenas pelo Brasil e pelo Paraguai.

Ao processo de integração é recomendável a criação de uma definição precisa, que esclareça, sobretudo, a inclusão ou não de entidades públicas. É recomendável aproveitar-se das experiências comunitárias para a implantação de um direito da concorrência no Mercosul, que seja eficaz e contribua para o alcance do mercado comum. O estudo dessa experiência e o proveito que poderia ser extraído dela para a integração econômica no âmbito do Mercosul, na pontual questão da definição do conceito comunitário de empresa, são os objetivos desse artigo.

Para tanto, primeiramente ele tratará das regras materiais do direito comunitário da concorrência e a quem elas se destinam. Após, partirá para a definição de um conceito comunitário de empresa e de outros conceitos a ele vinculados.

2. REGRAS MATERIAIS DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA E SUAS POSIÇÕES NO TCE

Esse estudo inicia por retratar as regras materiais do direito da concorrência no direito comunitário, isto é, onde elas se encontram no TCE e a quem se destinam.

A Parte 3 do Tratado, no Título VI, trata das regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações. O seu capítulo primeiro cuida das regras da concorrência. A seção primeira deste capítulo trata das regras aplicáveis às empresas e compreende os arts. 81 e 82 TCE, que serão a seguir abordados.

O art. 81 do TCE contém a disciplina comunitária da concorrência para a proibição de cartéis. Nos termos do art. 81, nº 1, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Esse artigo exemplifica algumas das medidas proibidas, tais como a) fixar, de forma direta ou indireta, 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; d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalente colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e 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.

Nos termos do nº 2 do mesmo artigo, são nulos os acordos ou decisões proibidos por ele.

Nos termos do nº 3, as disposições do nº 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 não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, o que é um reflexo da opção da Comunidade pela teoria da concorrência-instrumento.

Empresas dominadoras de posições de mercado atrapalham as condições da concorrência através da fixação de preços

por sua própria vontade, com o objetivo de influenciar unilateralmente o mercado em seu próprio favor⁵.

Nota:

5 EMMERICH, Volker. Wettbewerbsregeln: Kartellrecht. In: DAUSES, Manfred A. *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, apartado 57.

Por tal, nos termos do art. 82 do TCE, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e d) 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.

Este artigo pode ser aplicado em conjunto com as regras do art. 81 do TCE, quando ambas as disposições são cumpridas⁶. De fato, a tentativa de estabelecimento de uma relação entre os arts. 81 e 82, que tratam de distintas práticas anticoncorrenciais, passa pela consideração de que o art. 81 proíbe acordo entre mais empresas e o art. 82 pode ser aplicado à prática de uma única empresa; o art. 81 exige a produção de um efeito sensível sobre a concorrência e o art. 82 a existência de uma posição dominante no mercado; o art. 81 prevê a nulidade dos acordos vetados e a existência de isenções, conseqüências que não são consentidas para as práticas abusivas vetadas pelo art. 82. Isso leva a crer que uma aplicação simultânea possa parecer impossível. Contudo, ambas as disposições podem ser aplicadas em via alternativa ou em via conjunta, se a mesma *fattispecie* se enquadre a ambos os requisitos, isto é, nesta hipótese tem a autoridade a faculdade de instaurar o procedimento com base em qualquer um dos artigos ou mesmo proceder a uma aplicação conjunta das normas. Pode-se dizer que a relação das regras é a de concurso ideal (*Idealkonkurrenz*)⁷. A possibilidade de cumulação surge pelo fato de o abuso de posição dominante não existir somente de práticas unilaterais, mas também da conclusão dos acordos regulados pelo art. 81.

Nota:

6 SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *Direito comunitário da concorrência* : perspectivas para o Mercosul, p. 95.

7 EMMERICH, Volker. *Wettbewerbsregeln* : Kartellrecht, apartado 317.

Resumindo, uma empresa em posição dominante para o art. 82 pode participar em um acordo isento segundo o art. 81, nº 3, pois “a simples participação em um acordo não integra, de fato, o exagero da exploração abusiva”⁸. Outra situação é a que enseja a violação simultânea, assim aquela em que o enquadramento positivo se dá nos arts. 81, nº 1, e 82 do TCE. Uma terceira situação é a prática ter o benefício do art. 81, nº 3, isto é, enquadramento negativo no art. 81, nº 1, mas ter enquadramento positivo no art. 82. Assim, é possível aplicar o art. 82 a um acordo que se beneficie de uma isenção por categoria. Há situações que se enquadram negativamente no art. 81, nº 1, pelo seu nº 3, e positivamente no art. 82, situações que não se enquadram em nenhum dos artigos e situações que se enquadram positivamente nos dois artigos.

Nota:

8 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, p. 214.

Para que um determinado comportamento caia no âmbito de aplicação do art. 82, é necessário averiguar se a empresa envolvida detém uma posição dominante no mercado comum ou em uma parte essencial do mesmo. Para tanto, já é necessário conhecer este mercado relevante⁹, o que se faz com a aplicação dos critérios geográficos ou do produto. Estar em uma posição dominante significa ter poder suficiente para não se deixar influenciar pelas leis do mercado, resguardando-se das pressões dos concorrentes e da oferta e da procura.

Nota:

9 KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 317.

A jurisprudência comunitária, ao analisar a questão dos limites geográficos do mercado em causa, não exige que a posição dominante se estenda a todo o território da Comunidade, bastando que o seja em parte substancial deste. Assim, para explorar de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste, não é necessário que a afetação ultrapasse a fronteira de um Estado-membro¹⁰ nem que a empresa tenha a sua sede dentro de um dos Estados-membros. Uma posição dominante exercida dentro de um Estado-membro pode ter conseqüências transfronteiriças, seja pelo fechamento de um mercado nacional ou pela conseqüente exclusão da possibilidade de acesso de concorrentes externos. O território de um Estado-membro, ou menos que isso, pode representar uma parte essencial do

mercado comum ¹¹ .

Nota:

10 Caso Suiker Unie c. Comissão, EuGH, Slg. 1975, p. 1663.

11 Caso Michelin c. Comissão, EuGH, Slg. 1983, p. 3461, apartados 23 e seguintes.

Após isso, é necessário averiguar o uso abusivo desta posição, o que não é o mesmo que a detenção de tal posição. Esta, *de per se* , não é proibida. Mas mesma presunção não se tem perante o fortalecimento desta posição. Portanto, tal controle é exercido quando a empresa já detenha uma posição dominante, use abusivamente esta posição e esse comportamento seja próprio para prejudicar o comércio entre os Estados-membros.

O abuso deve ser exercido sobre o mercado e ser próprio para prejudicar o comércio entre os Estados-membros, o que se assemelha à regra do art. 81 do TCE, bem como a sensibilidade da afetação necessita ser provada. Abusos de mercado ¹² podem ser produzidos por monopólios ou oligopólios. A formulação da norma do art. 82 é clara ao determinar a incompatibilidade com o mercado comum da exploração abusiva de uma posição dominante por uma empresa, que seria a hipótese de monopólio, ou por poucas empresas, que seria o caso de oligopólio.

Nota:

12 HAKENBERG classifica as práticas em abusos de exploração, abusos de impedimento e abusos estruturais. HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts* , p. 141.

Segundo a regra comunitária, a aquisição de uma posição dominante não é vetada *de per se* , como visto, nem a existência ou a consolidação. Isto leva a entender que na Comunidade Européia pode haver monopólios ¹³ e posições dominantes, e apenas o que é coibido é o abuso destas posições.

Nota:

13 CAMPELLO observa que, “para o leigo, monopólio é o mesmo que pecado econômico e a ação monopolista, em tal ângulo de vista, pode somente ser fruto da ganância. Evidentemente, esta visão não corresponde integralmente à verdade [...]”. CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu : uma contribuição ao Mercosul*, p. 12-13.

Por fim, é necessário referir que os arts. 81 e 82 do TCE possuem aplicabilidade direta ¹⁴ , isto é, dão nascimento a direitos aos indivíduos ¹⁵ . O Caso Delimitis indicou como deveria ser procedida pelos tribunais nacionais aplicabilidade direta, originalmente dos arts. 81, nºs 1 e 2, e 82 ¹⁶ . Tribunais nacionais poderiam decidir quando os pressupostos do art. 81, nº 1, do TCE evidentemente não eram cumpridos ou quando havia sem dúvida uma infração ao referido artigo e de nenhum modo seria visível uma liberação por parte da Comissão através de regulamentos. Atualmente o Caso Delimitis é visto como precursor da reforma ocorrida com a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, em 1º de maio de 2004, que retirou da Comissão o monopólio da concessão de isenções individuais, ao estender a aplicabilidade direta ao art. 81, nº 3, do TCE ¹⁷ .

Nota:

14 Caso Bosch, EuGH, Slg. 1962, p. 97.

15 WAELBROECK, Michel. Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE. In : CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. et al. (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 798.

16 Caso Delimitis, EuGH, Slg. 1991, p. I-935.

17 Sobre a reforma mencionada, ver BASEDOW, Jürgen. *The modernization of european competition law : a story of unfinished concepts*, p. 429-439.

3. COMUNITARIZAÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESA

Uma análise conceitual dos institutos do art. 81 requer, em primeiro lugar, um desdobramento das várias implicações oferecidas pelo seu teor literal. Este artigo contém termos extremamente genéricos e conceitos indeterminados. Este desdobramento também serve de base para o entendimento do art. 82, uma vez que muitos dos termos empregados e dos elementos de conexão são aplicáveis a ambas as regras, como, por exemplo, a noção de afetação do comércio.

Em segundo lugar, é necessário notar que há uma relação entre conceitos do direito comercial interno dos Estados-membros e conceitos comunitários. Inafastável neste estudo é a análise de alguns institutos de direito comercial à luz da regulamentação comunitária ¹⁸ . Alguns conceitos, com a comunitarização (*Vergemeinschaftung*), passaram a ter uma necessidade de dimensão espacial diferente da dimensão que têm na conceituação a partir do direito comercial interno aplicado aos Estados-membros da Comunidade Européia. Assim, por exemplo, o conceito comunitário de empresa. Esse

conceito, para este efeito, é um conceito comunitário, e não um nacional ¹⁹. É mais amplo e diferencia-se até mesmo do conceito clássico de uma empresa mercantil ²⁰.

Nota:

18 CASSOTTANA e NUZZO entendem que o direito comunitário constitui uma fonte indireta do direito comercial, pois a interferência somente se dá em função dos objetivos do Tratado, sendo a disciplina comunitária, por exemplo, lacunosa em questões como a obrigação de publicidade dos atos e a manutenção de escrituração contábil. CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, p. xxii.

19 SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *Direito comunitário da concorrência*: perspectivas para o Mercosul, p. 80.

20 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 30.

Em outro exemplo, acordos de empresas para serem submetidos ao regramento comunitário da concorrência devem ser suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e este conceito é diferente do de acordos de empresas suscetíveis de afetar o comércio dentro de um Estado-membro. Assim também ocorre com as fusões e concentrações de empresas ²¹ reguladas pelo Regulamento nº 139/2004, segundo o qual estas se tornam de dimensão comunitária se ultrapassarem determinado montante de faturamento.

Nota:

21 DREHER, Meinrad. *Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung*: Überlegungen zur 6. GWB-Novelle, p. 883.

Em verdade, a doutrina agrupa sob a denominação de acordo os três tipos gerais de práticas previstas pelo Tratado, quais sejam, o acordo entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas. Por esse motivo, a referência a acordo neste trabalho possui uma dimensão mais abrangente que a referente a esta única prática.

Isto posto, o conceito de empresa, ou a noção comunitária segundo a interpretação jurisprudencial, é o importante conceito comunitário eleito para ser trabalhado nesse estudo. O TCE não contém uma expressa definição para o termo, usado especialmente nos arts. 81 e 82 ²². Nesse ponto, ele se distingue do Tratado para a Fundação da Comunidade Europeia para o Carvão e o Aço (TCECA) ²³. Este Tratado, mais antigo que o TCE e caducado em 23 de julho de 2002, definiu o conceito de empresa no art. 80. Mas infelizmente não é possível aplicar a definição do art. 80 do TCECA às regras de concorrência do TCE, já que a definição no TCECA foi elaborada especialmente para os fins daquele instrumento.

Nota:

22 CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*, p. 424.

23 Sobre o TCECA, ver JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 50-51.

Por certo, sempre, em qualquer trabalho que verse sobre esse tema, com o corte epistemológico aqui proposto, seria imperioso conceituar concorrência, empresa (no sentido do art. 81 do TCE) ²⁴, posição dominante, abuso, empresa pública ²⁵, mercado relevante, falseamento, acordos, práticas concertadas, convênios, ajudas, a extensão do termo comunidade, isenções concedidas pela Comissão, fusão, aquisição, concorrência leal, monopólio. Contudo, pela limitação do espaço, restringe-se o presente ao conceito de empresa no direito comunitário da concorrência.

Nota:

24 Considera-se o conceito comunitário de empresa derivado do art. 1º da Diretiva nº 2001/23/CE para a disciplina da tutela dos direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, no caso de transferência de comando da empresa ou de estabelecimento, ou de parte de empresa ou de estabelecimento. Ver mais sobre o assunto em CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, p. 194.

25 Segundo o conceito de empresa pública dado pela Diretiva nº 80/723, de 1980, esta é qualquer empresa sobre a qual os poderes públicos possam exercer direta ou indiretamente uma influência por força de direitos de propriedade, de participação financeira ou das disposições que regem a empresa em causa.

Mais que servir de um subsídio para uma definição no Mercosul, a definição do conceito comunitário de empresa tem por escopo e é necessária para determinar o âmbito de aplicação da disciplina da concorrência ²⁶. Ante o silêncio da norma, a jurisprudência buscou um conceito uniforme de empresa. Em princípio, a palavra empresa encerra um amplo conceito, segundo o qual tudo pode ser empresa, ou, mais especificamente, todas as unidades econômicas que exercem atividades voltadas ao mercado. Desta maneira, observa-se que o art. 81 e seguintes exigem uma característica específica do sujeito em questão. O conceito de empresa circunscreve esta característica como atividade econômica ²⁷. Não é uma característica fixa, quer dizer, é impossível dizer de antemão se uma entidade deve ser considerada como sendo empresa. Isso sempre dependerá das atividades exercidas pela entidade. Disto decorre que uma entidade, para o exercício de uma atividade, pode estar submetida às regras de concorrência e para outra não ²⁸. Enquanto ela é considerada empresa para a atividade X, não é para a atividade Y.

Nota:

26 Também para BENICKE o conceito de empresa é fundamental ao direito da concorrência e tem uma função de delimitação conceitual. Serve, por exemplo, para responder se filiais que firmam acordos internos com matrizes são afetas às regras, bem como para diferenciar atividades econômicas de não-econômicas ou de exercício de soberania, ou ainda enquadrar ou não os complexos casos envolvendo caixas de seguros ou de pensões. BENICKE, Christoph. *Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 373.

27 STOCKENHUBER, Peter. Comentários ao artigo 81 TCE. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard. *Das Recht der Europäischen Union*, apartado 53.

28 FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC law of competition*, p. 189.

Isto se mostra de maneira mais clara quando é considerado que os Estados-membros da Comunidade Européia são também sujeitos ao direito da concorrência sempre que desenvolvem atividades econômicas²⁹. Se, por exemplo, a República Federal da Alemanha exerce poderes legislativos reformando o Código Penal alemão (chamados de poderes de soberania), ela evidentemente não é submetida às regras da concorrência. Todavia, quando compra material de escritório para que os seus funcionários tenham meios para desempenhar as suas tarefas, em geral, torna-se destinatária do direito da concorrência. Portanto, não é possível dizer que a República Federal da Alemanha é uma empresa, bem como não é possível afirmar que ela não seja. Sempre dependerá da atividade exercida.

Nota:

29 Sobre a qualidade dos Estados-membros como sujeitos das regras comunitárias de concorrência, veja embaixo e em SCHWARZE, Jürgen. *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2000, v. 20. p. 613-627.

Os Estados-membros, geralmente, não são destinatários das proibições de cartel³⁰. Contudo, segundo o art. 10 do TCE, é-lhes proibido apoiar, como, por exemplo, através de uma aprovação, acordos que visem à formação de cartéis e outras práticas condenadas. Eles não devem manter ou praticar medidas que possam afetar as normas da concorrência³¹. Esta colocação é o reflexo de um incremento da teoria da publicização das normas da concorrência³², fundada em uma aplicação combinada de artigos do Tratado.

Nota:

30 FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht*: Grundlagen und Schwerpunkte, p. 91.

31 DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 3.

32 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 266 e seguintes.

4. DEFINIÇÃO DO CONCEITO COMUNITÁRIO DE EMPRESA

O conceito comunitário de empresa e o âmbito de aplicação da disciplina comunitária da concorrência são frutos de interpretação do TJCE, algumas vezes em concurso com a Comissão Européia, em função do papel deste de intérprete do Tratado, segundo o art. 220 do TCE³³. Nesse sentido, o TJCE pronunciou-se pela primeira vez sobre o conceito de empresa no Caso Mannesmann c. Alta Autoridade³⁴, segundo o qual os seus principais elementos são a persecução de um fim econômico e a autonomia jurídica. Disse ele que empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito jurídico autônomo e perseguindo, de forma duradoura, um fim econômico determinado. Observa-se que este é um conceito mais amplo e flexível que o conceito mercantil. Ele é moldável, aplicado a todos os setores, até serviços e profissionais liberais. Não se exige das empresas escopo lucrativo³⁵.

Nota:

33 MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O direito da concorrência no Mercosul após o Protocolo de Fortaleza. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul*: integração regional e globalização, p. 578.

34 Caso Mannesmann c. Alta Autoridade, EuGH, Slg. 1962, p. 717.

35 Sobre a não-exigência de fins lucrativos, veja também FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. Op. cit., p. 188-189.

A doutrina informa que dois foram os caminhos percorridos pelo TJCE até a definição. Assim, por um lado, indicar o sujeito ao qual a norma da concorrência pode ser aplicada e, por outro, individualizar a atividade sujeita à disciplina concorrencial³⁶. Em um primeiro momento, o TJCE preferiu um critério subjetivo, precisando que a empresa considerada na regra concorrencial devesse coincidir com a pessoa física ou jurídica que participa ativamente e independentemente na vida econômica³⁷. Num segundo momento, passou a adotar o critério objetivo, ou da atividade, que leva em conta a natureza do sujeito agente³⁸. Este critério permanece como sendo o empregado na construção do conceito comunitário de empresa e, segundo ele, não somente a que assume organização e estrutura comercial, mas também toda aquela empresa que

desenvolva uma atividade econômica é afeta à disciplina comunitária da concorrência ³⁹. E por atividade econômica entende-se uma atividade produtiva de bens ou de serviços que pode ser abstratamente desenvolvida por um sujeito privado perante contraprestação.

Nota:

36 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, p. 182.

37 Caso Itália c. Comissão, EuGH, Slg. 1966, p. 457; Caso Consten e Grundig, EuGH, Slg. 1966, p. 321.

38 Caso Christiani c. Nielsen, Decisão da Comissão, Kommission, ABl. EG 1969 Nr. 165/12; Caso Kodak, Decisão da Comissão, Kommission, 30.06.1970, ABl. EG 1970 Nr. L 147/24.

39 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. Op. cit., p. 183.

Entre os casos que contribuíram para a consolidação do conceito de empresa, o primeiro foi o Caso Höfner, de 1991 ⁴⁰. Esse caso é considerado o mais importante para o entendimento do conceito ⁴¹. Nele o TJCE exarou que o conceito em questão compreende todo o ente que exercita uma atividade econômica, independentemente de seu estatuto jurídico e do modo de financiamento, gratuito ou pago, público ou privado. Assim, manifestou-se pela necessidade de a entidade apresentar objetivo econômico para ser considerada empresa à luz das regras da concorrência.

Nota:

40 Caso Höfner e Elser c. Macrotrom GmbH, EuGH, Slg. 1991, p. I-1979. Ver mais em SLOT, Piet Jan. The concept of undertaking in EC Competition Law. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 1413.

41 EILMANSBERGER, Thomas. Comentários ao artigo 81 TCE. In: STREINZ, Rudolf (ed.). *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, p. 917.

Dele restou que a definição de empresa para a aplicação das regras da concorrência “deve ser a que permite alcançar o objectivo procurado pelo Tratado CEE [...]. É por isso que as regras da concorrência são aplicáveis a todos os sectores da actividade económica e a todos os estádios do processo económico, não só ao comércio, mas também à indústria, aos acordos horizontais e verticais, assim como à prestação de serviços, incluindo as profissões liberais” ⁴².

Nota:

42 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 31.

Segundo a jurisprudência citada, uma empresa é uma unidade de exercício de atividades econômicas, independente de sua forma jurídica e do tipo de seu financiamento ⁴³, que não seja nem consumidor nem trabalhador ⁴⁴. Também os Estados-membros ⁴⁵ e a Comunidade Europeia podem ser considerados empresas, sempre que tomem parte na vida econômica. Da mesma forma, pessoas que desempenhem atividades autônomas podem ser empresas ⁴⁶. Assim as sociedades de profissionais liberais. Como se observa, é um conceito amplo, variável, moldável às situações que foram se apresentando no curso do desenvolvimento do direito comunitário ⁴⁷.

Nota:

43 Caso Höfner e Elser c. Macrotrom GmbH, EuGH, Slg. 1991, p. I-1979, apartado 21.

44 Caso Becu, EuGH, Slg. 1999, p. I-5665, apartado 26.

45 KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 311.

46 Idem, ibidem.

47 Segundo CASSOTTANA e NUZZO, trata-se de conceito muito amplo, que compreende toda a atividade com natureza econômica e que chega a abstrair os tradicionais indícios de empreendedorismo, especialmente a organização e o objetivo de lucro. CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. Op. cit., p. 185.

Um segundo caso que contribuiu para a consolidação do conceito de empresa foi Poucet et Pistre ⁴⁸. Nele observa-se uma limitação ao princípio estabelecido no Caso Höfner, com respeito a fatores de objetivo social e obediência ao princípio da solidariedade desenvolvidos pelas empresas em questão, afetas a regime de previdência obrigatória. Assim, retificando a ampla orientação lá expressada, não infringe o regramento da concorrência a empresa cujo serviço não corresponda a critério concorrencial ou de mercado (intenção de lucro), mas persiga um objetivo social e obedeça ao princípio da solidariedade. O TJCE passou a observar o caráter social, a vinculação ao princípio de solidariedade ⁴⁹ e o fato de não objetivar lucro para, no caso, desafetar uma caixa de saúde da aplicação das normas da concorrência. Atividades que não tenham relação com a vida econômica não são abrangidas pelas regras da concorrência. Esse é o caso de atividades que envolvam solidariedade e sistemas de segurança social.

Nota:

48 Caso Poucet et Pistre, EuGH, Slg. 1993, p. I-637. SLOT, Piet Jan. The concept of undertaking in EC Competition Law, p. 1417.

49 Sobre a solidariedade como elemento crucial para a determinação do conceito de empresa, ver FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. Op. cit., p. 194.

Recentemente, o TJCE teve a oportunidade de concretizar o conceito de empresa quanto às entidades que estão encarregadas do fornecimento de seguros, serviços e produtos de saúde. Trata-se dos Casos Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK)⁵⁰ e FENIN⁵¹, que receberam muita atenção da doutrina⁵². Na matéria da qualificação jurídica de entidades que cuidam do seguro social, o TJCE desenvolveu critérios especiais para definir se uma entidade deve ser considerada como empresa nos termos do direito da concorrência⁵³.

Nota:

50 Caso Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK), EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2004, p. 241.

51 Caso FENIN, de 17 de julho de 2006, Processo nº C-205/03. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2004, p. 600-601.

52 Comparar os textos de KOENIG, Christian; ENGELMANN, Christina. Das Festbetrags-Urteil des EuGH: Endlich Klarheit über den gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff im Bereich der Sozialversicherung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2004, p. 682-686; de RIEDEL, Daniel. Krankenkassen keine Unternehmen i. S. des Wettbewerbsrechts – Arzneimittelfestbeträge zulässig. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2004, v. 8, p. 245; de SCHEFFLER, Arndt. Unternehmensbegriff nach EG-Kartellrecht (Anmerkung). *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2006, p. 601-603; de MONTAG, Frank; v. BONIN, Andreas. Die Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts bis Ende 2004. *Neue Juristische Wochenzeitung*, a. 2005, v. 40. p. 2903; e de RULAND, Franz. Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern. *Juristische Schulung*, a. 2005, v. 3, p. 212-214.

53 KOENIG, Christian; ENGELMANN, Christina. Op. cit. p. 683.

No primeiro caso, Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse, discutiu-se a questão se Grupos de Caixas de Seguro de Doenças⁵⁴ constituem empresas ou associações de empresas nos termos do art. 81 do TCE. O caso tem como base o sistema de saúde da Alemanha⁵⁵. Trata-se de uma matéria relativamente complexa, que é objeto de reformas frequentes por parte dos legisladores alemães⁵⁶. Por isto, a descrição seguinte limita-se aos pontos cruciais para o seu entendimento.

Nota:

54 Outros exemplos desses Grupos de Caixas de Seguro de Doença, segundo a sentença do TJCE, são a Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), a Bundesverband der Innungskrankenkassen, a Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, a Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, a Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, a Bundesknappschaft e a See-Krankenkasse.

55 O processo perante o TJCE, segundo o art. 243 do TCE, foi iniciado pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal de Justiça de Düsseldorf) e pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça). Ver também o resumo do caso em BERG, Werner. Die Rechtsprechung des EuGH und EuG auf dem Gebiet des Kartellrechts im Jahr 2004. *Europäisches Wirtschafts – und Steuerrecht*, a. 2005, v. 2. p. 49-50.

56 Sobre a reforma mais recente, comparar a descrição e a crítica de SODAN, Helge. Gesundheitsreform 2006/2007 – Systemwechsel mit Zukunft oder Flickschusterei? *Neue Juristische Wochenschrift*, a. 2006, v. 50. p. 3617-3619.

A grande maioria da população alemã encontra-se inscrita numa das caixas de seguro contra doenças, que são entidades de direito público com personalidade jurídica. Basicamente, a inscrição é obrigatória para os assalariados⁵⁷. Estas caixas estão em uma situação de concorrência. Os beneficiários têm a liberdade de escolher livremente a caixa de seguro, bem como o médico ou o hospital. Também, existem várias obrigações fixadas por lei que as caixas de seguro têm de obedecer. Todas as caixas são obrigadas a oferecer prestações obrigatórias fundamentalmente idênticas, independentemente do montante das cotizações⁵⁸. Entre as caixas há um mecanismo de solidariedade, que promove uma compensação financeira dos riscos (*Risikostrukturausgleich*). Por este, as caixas que têm menos gastos por causa da boa saúde dos seus clientes contribuem para o financiamento das caixas que asseguram clientes que precisem de tratamento médico caro.

Nota:

57 Existem exceções para os funcionários públicos e para os assalariados que dispõem de um rendimento superior a um nível fixado por lei. Este limite é determinado pelo § 6, incisos 6 e 7, Sozialgesetzbuch V.

58 MONTAG, Frank; v. BONIN, Andreas. Op. cit., p. 2903.

Para reduzir os custos no setor da saúde, os legisladores alemães criaram, em 1988, um mecanismo que limita as despesas que uma caixa de seguro tem de pagar para os seus clientes ⁵⁹. Trata-se de montantes fixos máximos (*Festbeträge*) para certos medicamentos. Estes montantes fixos máximos são determinados por um processo complexo em que os grupos de caixas de seguro desempenham um papel decisivo, pois são estes grupos que os definem ⁶⁰.

Nota:

59 A idéia era combater as enormes diferenças dos preços dos medicamentos que tivessem o mesmo efeito terapêutico. Comparar RIEDEL, Daniel. Op. cit., p. 245 e HESS, Rainer. *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*. 43. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. SGB V, § 35, nota 2.

60 Para uma descrição detalhada do processo, comparar a análise do TJCE no Caso Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK), EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, nos apartados 12-18.

Como as caixas não pagam medicamentos caros, os montantes fixos máximos viraram, na prática, preços máximos ⁶¹. Para produtores não faz sentido oferecer produtos mais caros, pois seriam os pacientes que teriam de pagar a diferença entre o montante fixo máximo e o preço dele. Portanto, o sistema dos montantes fixos máximos foi questionado perante vários tribunais alemães quanto à sua compatibilidade com o direito da concorrência.

Nota:

61 Comparar KOENIG, Christian; ENGELMANN, Christina. Op. cit., p. 682-683.

O TJCE, no seu julgamento, chegou à conclusão que grupos de caixas de seguro não são empresas no sentido do art. 81 do TCE e, pois, também não as são para os fins do direito da concorrência. Sublinhou o TJCE que as caixas não têm qualquer possibilidade de variar sua oferta aos seus clientes, bem como o fato de que elas contribuem para a gestão do sistema de seguridade social ⁶². Por isto, tais entidades estão próximas das que foram objeto do processo Poucet et Pistre, já referido ⁶³. O elemento de concorrência no sistema alemão, que permite a livre escolha da caixa de seguro de doença, não muda o caráter não-econômico das atividades das caixas. Pelo contrário, elas não têm um interesse próprio que difira do fim meramente social ⁶⁴.

Nota:

62 Caso Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK), EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, apartados 51-52.

63 Caso Bundesverband Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK), EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, apartado 55.

64 Como observa WERNER BERG (Op. cit., p. 50), o TJCE não se manifestou sobre se as caixas de seguro podiam ser consideradas como empresas no sentido dos arts. 81 e seguintes TCE quando exercem uma outra função, quer dizer, fora da definição do montante fixo máximo.

Ao analisar o caso, RULAND observa que o TJCE considera – no ramo do seguro social – uma entidade como não-econômica quando ela a) colabora na administração de um sistema de seguridade social; b) exerce suas atividades sem fins lucrativos; c) respeita o princípio da solidariedade nacional ⁶⁵. Os elementos de equilíbrio social e de solidariedade têm de ser característicos da entidade em questão. Quanto mais ela trabalhar com base nos princípios da economia privada, tanto sua atividade é econômica e não meramente social ⁶⁶. Os mesmos critérios para a determinação da atividade econômica são defendidos por RIEDEL, que, para além disso, sublinha o fato da abrangente vinculação normativa das caixas de seguro ⁶⁷.

Nota:

65 Estes três aspectos característicos também são defendidos por HERDEGEN, Matthias. *Europarecht*, p. 318.

66 RULAND, Franz. Op. cit., p. 213-214.

67 RIEDEL, Daniel. Op. cit., p. 245.

Em outra linha doutrinária, MÄGER faz a observação que teria sido possível considerar as caixas de seguro como sendo empresas nos termos do art. 81 do TCE. Neste caso, o art. 86, nº 2, do TCE poderia ter servido como elemento de regulação da aplicação do direito da concorrência. Este dispositivo declara que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal só estão sujeitas aos arts. 81 e seguintes do TCE na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. A solução pelo caminho do art. 86, nº 2, do TCE, e não pela negação da qualidade de “empresa” das entidades aqui tratadas ampliaria o campo de aplicação do direito da concorrência e trar-lhe-ia uma flexibilidade maior ⁶⁸. No mesmo sentido, KEßLER ⁶⁹ observa que a negação da qualidade de empresa às caixas de seguro pode fazer com que os

Estados-membros venham a não mais permitir concorrência entre as caixas. Assim, permitindo, as caixas ficariam sujeitas às normas do direito da concorrência, o que iria limitar a liberdade dos Estados-membros na regulamentação destas entidades.

Nota:

68 Comparar MÄGER, Thorsten. In: SCHULZE, Reiner; ZULEEG, Manfred: *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, p. 505.

69 KEßLER, Jürgen. Die gesetzliche Krankenversicherung als Ausnahmehereich im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, a. 2006, v. 11. p. 1187.

O segundo caso recente, envolvendo a Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contribuiu para a solução de uma das questões principais do direito da concorrência⁷⁰. Trata-se do problema de se uma entidade deve ser considerada como empresa nos termos do art. 81 do TCE quando ela adquire produtos e serviços para cumprir, por meio dos produtos e serviços adquiridos, uma tarefa não-econômica.

Nota:

70 SCHEFFLER, Arndt. Op. cit., p. 601.

A FENIN é uma associação que reúne a maioria das empresas que comercializam material sanitário na Espanha. O material é vendido, sobretudo, para entidades controladas e organizadas pelo Sistema Nacional de Salud (SNS). Essas entidades são públicas e estão encarregadas da prestação de serviços médicos. A FENIN reclamou, perante o Tribunal de Primeira Instância, e depois perante o TJCE, que as entidades organizadas pelo SNS atrasavam o pagamento de produtos médicos significativamente, abusando da sua posição dominante no mercado espanhol de material sanitário. A posição dominante decorria do fato de que os negócios com entidades organizadas pelo SNS totalizavam oitenta por cento do volume total de negócios das empresas associadas à FENIN.

Para a aplicação do direito da concorrência, crucial é responder se as entidades do SNS são empresas no momento em que adquirem produtos ou serviços de membros da FENIN. Como já visto, a atividade econômica é parte substancial do conceito de empresa. O TJCE lembra que – conforme sua jurisprudência consolidada – é a oferta de bens ou serviços num determinado mercado que caracteriza o conceito de atividade econômica⁷¹. Sem dúvida, o SNS, ao prestar serviços médicos, não age como empresa. Disto decorre, como sublinha o TJCE, que o SNS também não pode ser empresa no momento de adquirir produtos ou serviços⁷², pois não é possível desassociar a atividade de compra da posterior utilização que lhe é dada.

Nota:

71 Caso FENIN, de 17 de julho de 2006, Processo nº C-205/03, apartado 25.

72 Ver também FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. Op. cit., p. 190.

Em consonância com esta posição do TJCE, ensina EILMANSBERGER que uma entidade que seja pública, no momento da procura para adquirir produtos ou serviços necessários para o cumprimento da sua função, não pode ser sujeito das regras da concorrência. Somente em casos excepcionais, quando existe uma ligação entre a aquisição e uma atividade originariamente econômica, pode-se considerar a entidade pública como sendo uma empresa no sentido dos arts. 81 e seguintes do TCE⁷³.

Nota:

73 Comparar EILMANSBERGER, Thomas. Comentários ao artigo 81 TCE. Op. cit., p. 920.

Já SCHEFFLER observa que o TJCE, ao negar o caráter de empresa ao SNS, evitou conflitos com os sistemas jurídicos dos Estados-membros, pois, em alguns, entende-se que medidas da Administração Pública para aquisição de bens não pertencem ao direito privado, mas sim ao direito público⁷⁴. A aplicação do direito da concorrência podia causar perturbações porque este visa a sujeitos de direito que obedecem às regras do direito privado. Ainda assim, podem ocorrer desarmonias quando um Estado-membro mostra um entendimento mais amplo do campo de aplicação do seu direito da concorrência nacional.

Nota:

74 Ver SCHEFFLER, Arndt. Op. cit., p. 603.

Para BENICKE, retornando-se à análise do Caso Poucet et Pistre, que gerou a primeira limitação conceitual ao princípio estabelecido no Caso Höfner, serve a decisão do TJCE para ressaltar a primazia da competência dos Estados-membros em âmbito de seguridade social ⁷⁵, ou, dito de outra forma, o respeito da autonomia deles quanto à concretização do sistema de seguridade social ⁷⁶, mas que, todavia, apresenta exceções. Em âmbito de exceção, diferentemente do caso anterior, no Caso Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole (CNAVMA) ⁷⁷, a falta de tal princípio de solidariedade e a presença do princípio de capitalização, entre outros fatores, foram decisivos para submeter a entidade às regras da concorrência ⁷⁸.

Nota:

75 BENICKE, Christoph. *Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 377. Sobre o caso, comparar a análise de RULAND, Franz. Op. cit., p. 213.

76 BENICKE, Christoph. *Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 379.

77 Caso Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole (CNAVMA), EuGH, Slg. 1995, p. I-4013.

78 BENICKE, Christoph. *Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 374 e 377.

Um quinto caso que contribuiu para a consolidação do conceito de empresa foi o Caso Eurocontrol, de 1994 ⁷⁹. Ele representou uma segunda limitação ao princípio sustentado no Caso Höfner e tratou a questão de saber se o referido organismo instituído com base em um tratado internacional poderia ser considerado empresa pública à luz do art. 86, nº 1, do TCE e, em função disso, estar submetido às regras da concorrência. Neste caso, o organismo, em função do exercício de competência de interesse geral e do objetivo de contribuir à conservação e ao melhoramento da segurança da navegação aérea, típicas prerrogativas do Poder Público, não apresentava caráter econômico que justificasse a aplicação das regras. Assim, o TJCE negou a qualidade de empresa a uma entidade cuja função era o controle do tráfego aéreo, pois o ato praticado não podia ser separado da autorização soberana de vigilância do espaço aéreo confiada à empresa ⁸⁰.

Nota:

79 Caso Eurocontrol, EuGH, Slg. 1994, p. I-43.

80 Caso Eurocontrol, EuGH, Slg. 1994, p. I-43, apartados 18 e seguintes; Caso Diego Calí c. Figli, EuGH, Slg. 1997, p. I-1547, apartados 23 e seguintes; Caso Banchemo, EuGH, Slg. 1995, p. I-4663, apartado 49.

Como conclusão, o exercício de poderes soberanos ou de ações coercitivas não representa atividade econômica. As atividades típicas da Administração, ou de natureza soberana típica, não são consideradas atividades econômicas e para elas não valem as regras da concorrência. Estão fora, então, os atos do Estado enquanto no exercício de competências de soberania.

Mas isto não significa que qualquer conexão de uma entidade com o exercício de poderes soberanos impossibilite a aplicação do direito da concorrência. No Caso Aéroports de Paris ⁸¹, o TJCE manifestou que o fato de uma entidade dispor, para o exercício de uma parte das suas atividades, de pre-rogativas de autoridade pública, não impede, por si só, que ela seja qualificada de empresa ⁸². No caso, a entidade em questão era encarregada, por um lado, da garantia da segurança do tráfego aéreo em Paris e, por outro, da gestão e administração das instalações de transporte aéreo civil na cidade. Nesta última função, impôs taxas comerciais a empresas que prestaram serviços de assistência, como, por exemplo, carregamento ou descarregamento de aviões ou fornecimento de alimentos e bebidas nos aeroportos de Paris. Decidiu o TJCE que a entidade em questão, ao impor estas taxas, agiu como empresa ⁸³.

Nota:

81 Caso Aéroports de Paris, EuGH, Slg. 2002, p. I-9297.

82 Caso Aéroports de Paris, EuGH, Slg. 2002, p. I-9297, apartado 74.

83 Ver a análise do caso por GRILL, Gerhard. Comentários ao artigo 81 TCE. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (edt.). *EU – und EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, p. 965.

A título de exemplo, pode-se ainda mencionar que, segundo o TJCE, uma organização profissional como uma Ordem dos Advogados não exerce uma missão social baseada no princípio da solidariedade, nem tem competências típicas dos poderes públicos, e é um órgão regulador de uma profissão cujo exercício constitui uma atividade econômica ⁸⁴. As decisões e outras medidas destas organizações ficam sujeitas às regras dos arts. 81 e seguintes do TCE, independentemente do seu caráter jurídico ⁸⁵.

Nota:

84 Caso Wouters, EuGH, Slg. 2002, p. I-1577, apartado 58; GRILL, Gerhard. Op. cit., p. 965; LÖRCHER, Heike. *Anwaltliches Berufsrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht. Neue Juristische Wochenschrift*, a. 2002, v. 15. p. 1092.

85 EMMERICH, Volker. Comentários ao artigo 81 TCE. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Op. cit., apartado 32.

A exclusão de uma Ordem dos Advogados do âmbito de abrangência do direito da concorrência poderia ter sido facilmente justificada. Ainda assim, o TJCE optou por não limitar o campo de aplicação dele ⁸⁶.

Nota:

86 FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. Op. cit., p. 192.

KILIAN observa, neste ponto, um dilema surgido com a posição do TJCE: quanto mais um Estado-membro deixa espaço para as organizações profissionais, isto é, confia na auto-regulamentação dos profissionais, em vez de criar, por lei, regras para o exercício da profissão em questão, tanto a organização profissional é sujeito das regras da concorrência. Assim, a intenção do Estado-membro de não regulamentar certas profissões, no caso o exercício da profissão de advogado, tem como consequência a aplicabilidade de outras normas a elas ⁸⁷.

Nota:

87 KILIAN, Matthias. Europäisches Kartellrecht und nationales Satzungsrecht berufsautonomer Körperschaften. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, a. 2002, v. 7. p. 805.

Tais análises, segundo a doutrina, apresentam a tendência clara do TJCE de interpretar o conceito de empresa num sentido amplo.

5. CRITÉRIO DO EXERCÍCIO DE UMA ATIVIDADE ECONÔMICA

A análise destes paradigmáticos casos leva à compreensão de que o conceito de empresa deve ser entendido em seu sentido funcional ⁸⁸. Assim, é empresa cada entidade que exerce atividade econômica, independentemente da forma jurídica, intenção de lucro ou tipo de financiamento.

Nota:

88 BENICKE, Christoph. Op. cit., p. 374 e FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. Op. cit., p. 89.

Com a apreciação dos Casos British Midland⁸⁹, FFSA ⁹⁰ e Job Centre ⁹¹, a Comissão no primeiro e o TJCE nos dois outros se voltam novamente ao amplo critério de exercício de uma atividade econômica, isto é, prestação de bem ou serviço que pode ser abstratamente desenvolvida por um sujeito de direito privado, mediante contraprestação correspondente, outra vez se aproximando do conceito comunitário de empresa inicialmente visto.

Nota:

89 Caso British Midland c. RVA, decisão da Comissão de 28 de junho de 1995, Amtsblatt Nr. L-216, de 12 de setembro de 1995, p. 8.

90 Caso FFSA, que retifica diretamente a limitação expressa no Caso Poucet et Pistre, pois consentia ao menos potencialmente com um lucro. Caso FFSA, EuGH, Slg. 1997, p. II-229.

91 Caso Job Centre Coop., EuGH, Slg. 1997, p. I-7119.

Mas o que se compreende por atividade econômica é ainda questão em aberto ⁹². A resposta a esta pergunta remonta ao atingimento do mercado comum e aos objetivos do direito da concorrência. Assim, ela seria a atividade exercida no mercado comum, que foi possibilitada pelo exercício das liberdades fundamentais e que é garantida pela aplicação do sistema de concorrência. Para BENICKE, “partindo das liberdades fundamentais, o perímetro do mercado comum e da aplicabilidade do direito da concorrência pode ser definido com a afirmação de que devem ser abrangidas e protegidas as atividades que caem sob o âmbito de aplicação das liberdades fundamentais” ⁹³. A atividade econômica é, ainda, a que possa ser submetida à concorrência, isto é, uma atividade que seja concorrente de outra. Lembra o autor que mesmo atividades não-econômicas, mas que se encontrem em potencial concorrência com atividades econômicas, tendo como fundamento a também função de proteção das atividades econômicas exercida pelo direito da concorrência, recaem sob as regras da concorrência ⁹⁴.

Nota:

92 BENICKE, Christoph. Op. cit., p. 375. Sobre a importância da definição deste termo para a posterior definição do que é empresa ver SLOT, Piet Jan. Op. cit., p. 1415-1417. Sobre uma história de conceitos em aberto no direito comunitário da concorrência, ver BASEDOW, Jürgen. *The modernization of european competition law : a story of unfinished concepts*, p. 429-439.

93 BENICKE, Christoph. Op. cit., p. 375.

94 Idem, p. 376.

Observa ainda EMMERICH que a qualificação de uma determinada atividade como sendo atividade econômica é sujeita a mudança no decorrer do tempo. Uma análise sempre vai depender do caso em concreto, isto é, da atividade como ela é exercida *in casu* ⁹⁵. A característica de atividade econômica é funcional e necessita ser entendida a partir de uma interpretação ampla. Abrange todo o comportamento de oferta ou demanda dirigido ou orientado ao mercado.

Nota:

95 Comparar EMMERICH, Volker. Comentários ao artigo 81 TCE. Op. cit., apartado 24.

Para ilustrar o conceito de atividade econômica, pode-se mencionar o Caso Meca-Medina e Majcen ⁹⁶. Nele foi abordada a questão de se o Comitê Olímpico Internacional, quando aplica regras *antidoping*, age como empresa. O Tribunal de Primeira Instância chegou à conclusão que a luta contra o *doping* não persegue fins econômicos, embora o esporte de alta competição tenha se tornado atividade econômica. Sublinhou o Tribunal que o controle de *doping* visa à proteção do “espírito esportivo” (*fairplay*) sem o qual o esporte, seja no nível profissional, seja no nível amador, deixa de ser “*fair*”. A atividade desportiva, pela sua própria essência, tem que ser considerada como sendo um ato gratuito, não-econômico, assim também quando o atleta a executa no âmbito de uma atividade desportiva profissional ⁹⁷.

Nota:

96 Caso David Meca-Medina e Igor Majcen c. Comissão, EuGH, Slg. 2004, p. II-3291 e EuGH, Urteil vom 18.07.2006, Aktenzeichen: C-519/04.

97 Caso David Meca-Medina e Igor Majcen v. Comissão, apartados 44-45. Comparar com BERG, Werner. Op. cit., p. 50.

6. CONCEITOS VINCULADOS AO DE EMPRESA

Uma primeira questão relacionada com o conceito comunitário de empresa é a centrada no princípio da primazia da unidade do grupo de empresas. Ele é resultante do Caso Viho ⁹⁸, no qual foi decidido que os acordos realizados no interior de um grupo de empresas não se submetem à regra do art. 81 do TCE, mesmo aqueles que organizam a repartição territorial das atividades das filiais. Tampouco são comparáveis às associações de empresas. As sucursais ou agências, em princípio, não possuem personalidade jurídica. Em relação às filiais, a questão não é tão simples, uma vez que envolve vários aspectos a serem observados, nomeadamente a sua natureza de pessoa jurídica, isto é, de verdadeiras sociedades comerciais, com autonomia jurídica, situações em que são submetidas às regras do Tratado. Isto posto, a averiguação do princípio da existência de uma unidade econômica depende de se a empresa filial está submetida à influência da controladora e tal averiguação depende do percentual de representantes da sociedade-mãe no conselho-diretor dela ⁹⁹. Não havendo autonomia, não há concurso de vontades.

Nota:

98 Caso Viho, EuGH, Slg. 1996, p. I-5457.

99 ACKERMANN, Thomas. *Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen* : Ein Wegweiser durch die geplante Gruppenfreistellungsverordnung und die geplanten Leitlinien der Kommission, p. 745.

Esta questão não é meramente teórica. Pode ser resolvida pelo fato da ausência do concurso de vontades no sentido que lhe dá o art. 81. A carência dele em uma relação entre sociedade-mãe e filiais impede a aplicação do art. 81 ¹⁰⁰, mas não eventualmente a do art. 82, pois este se refere a atos praticados por uma ou mais empresas. Assim, entende-se que as filiais são prolongamentos das sociedades-mães ¹⁰¹. Estão sujeitas a seu controle e constituem uma única unidade econômica para os efeitos dos arts. 81 e 82 do TCE, sendo que em um para não aplicar e no outro para poder aplicar.

Nota:

100 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Européias*, p. 34-35.

101 Sociedades-mães e filiais são insuscetíveis de estar em concorrência entre si. Para ALVES, “a melhor explicação para a não-aplicabilidade do art. 85 do TCEE é a impossibilidade de existência de um verdadeiro concurso de vontades: A filial cumpre

as instruções da sociedade-mãe. Assim, falta um elemento de coligação: O concurso de vontades”. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Op. cit., p. 41.

Todavia, essa não-aplicação do art. 81 esbarra quando o acordo vai além de uma repartição interna de tarefas ¹⁰², ou quando as empresas deixem de formar ou não formem uma unidade econômica no interior da qual a filial não goze de autonomia real na determinação de sua linha de atuação sobre o mercado.

Nota:

102 Caso Centrofarma, EuGH, Slg. 1974, p. 1183, no qual o Tribunal tratou de práticas concertadas entre empresas que não eram do mesmo grupo. O Tribunal entendeu que, apesar de não se tratar de práticas concertadas de empresas do mesmo grupo, estas formavam uma entidade econômica que não dispunha de efetiva autonomia, e que existia uma repartição interna de tarefas.

Enfim, a jurisprudência tem se mostrado extremamente flexível quanto à definição de empresa, tudo visando preservar o efeito útil do art. 81, nº 1, do TCE, de modo que qualquer conduta que afete as estruturas do mercado seja proibida.

Na seqüência, a aplicação da regra da concorrência a sujeito público (ou empresa pública comunitária) trata-se de questão relevante para a definição do conceito de empresa ¹⁰³. O art. 81 aplica-se quer às empresas privadas, quer às públicas. Tal amplitude resulta do seu silêncio, uma vez que não as distingue, e da leitura do art. 86, que remete o caso para o art. 81 ¹⁰⁴. Vale alertar que o Tratado já alcança a empresa pública com a disposição do art. 86 ¹⁰⁵. Assim, não há obstáculos para que uma empresa pública, ou empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos possam ser consideradas empresas para o fim comunitário e que estejam submetidas à disciplina da concorrência.

Nota:

103 Sobre a importância da definição do conceito e natureza das empresas públicas para o claro entendimento do que constitui uma empresa ver SLOT, Piet Jan. Op. cit., p. 1415.

104 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Européias*, p. 32.

105 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, p. 184.

Associações de empresas, outra expressão que está presente no art. 81 do TCE, por sua vez, são fusões econômicas de empresas independentes, ao menos potencialmente concorrentes. A caracterização não leva em consideração a forma jurídica ou os fundamentos da unificação ¹⁰⁶. Podem ser até associações de fato. Isto é, pode tratar-se até de um agrupamento sem personalidade jurídica ou fins lucrativos. Acordos entre associações de empresas são considerados acordos entre empresas ¹⁰⁷, bem como acordos entre empresas e associações de empresas ¹⁰⁸.

Nota:

106 Caso Verband der Sachversicherer c. Comissão, EuGH, Slg. 1987, p. 405, apartados 29 e seguintes.

107 Embora os acordos entre associações de empresas não sejam abrangidos pelo art. 81. Comparar Decisão da Comissão da CE 94/815/EG (“Zement”) de 30 de novembro de 1994, JOCE 1994 L 343, p. 97.

108 Caso FRUBO v. Comissão, EuGH, Slg. 1975, p. 563. Ver EILMANSBERGER, Thomas. Comentários ao artigo 81 TCE. In: STREINZ, Rudolf (ed.). Op. cit., p. 921 e ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Op. cit., p. 45.

A definição de associações de empresas também é um conceito comunitário. Da mesma forma que o de empresa, não é definido pelo Tratado. É o agrupamento de várias pessoas singulares ou coletivas, sociedades ou organismos, cada um proprietário ou explorador de uma empresa. Eles tomam decisões coletivas e nisto reside a diferença entre as decisões tomadas nas empresas.

Uma associação de empresas se caracteriza pelos seguintes elementos: a) coordenação ou cooperação entre empresas cuja igualdade e identidade se encontrem garantidas; b) constituição livre e consciente; c) igualdade de seus membros; d) autonomia das empresas associadas; e e) concurso de vontades anticoncorrenciais ¹⁰⁹. Um elemento primordial na associação de empresas é o concurso de vontades juridicamente independentes. Não deve ser considerado, ainda, o nome que ostente, isto é, pode denominar-se associação, sindicato, confederação, corporação. Caso não haja concurso de vontades, como comum nas práticas entre empresas-mães e filiais, pode-se pensar na aplicação do art. 82 do TCE.

Nota:

109 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Op. cit., p. 34 e CAMPELLO, Dyle. Op. cit., p. 146.

Então, as associações de empresas são destinatárias das regras da concorrência sempre que puderem regular o

comportamento econômico dos seus membros ¹¹⁰. Do contrário, o ato seria realizado e visto como decisão própria de empresa, e bastaria a aplicação do conceito funcional de empresa para o enquadramento desta no regramento comunitário.

Nota:

110 DÖRR, Dieter; HAUS, Florian C. *Das Wettbewerbsrecht des EGV. Juristische Schulung*, a. 2001, v. 4, p. 314.

A idéia da inclusão das associações de empresas no âmbito de aplicação do direito da concorrência, como é regulado pelo TCE, foi com a intenção de se evitar exceções. Os autores do Tratado queriam impedir que acordos entre empresas fossem simplesmente substituídos por acordos ou decisões de associações de empresas ¹¹¹. As regras de concorrência que as associações de empresas têm de obedecer são, portanto, iguais às regras para as empresas.

Nota:

111 STOCKENHUBER, Peter. Comentários ao artigo 81 TCE. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (edt.). *Op. cit.*, p. 15.

Sendo assim, uma parte da doutrina defende que não seja necessário distinguir exatamente as noções de “empresa” e de “associação de empresa” no sentido do art. 81 do TCE, pois valem as mesmas regras para empresa e para associações de empresas ¹¹². Pode-se observar que até os órgãos comunitários muitas vezes não diferenciam os dois termos, como visto.

Nota:

112 GRILL, Gerhard. *Op. cit.*, p. 40 e STOCKENHUBER, Peter. *Op. cit.*, p. 15.

Ainda, vale lembrar que uma associação de empresas só pode ser considerada uma empresa se a associação mesma se enquadrar na definição de empresa, o que depende, sobretudo, do desenvolvimento de atividades econômicas próprias ¹¹³.

Nota:

113 GRILL, Gerhard. *Op. cit.*, p. 967.

Por fim, a aplicação do direito da concorrência no espaço é outra questão fundamental para o entendimento do funcionamento destas regras e para uma aproximação do conceito comunitário de empresa. Elas valem para os 27 Estados-membros da Comunidade Européia. Além disso, vigoram na Noruega, na Islândia e no Principado de Liechtenstein, que são Estados-membros da European Free Trade Association (EFTA), por força do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu, de 2 de maio de 1992.

Os problemas podem surgir quando empresas agem fora dos territórios dos países que são sujeitos às normas do direito da concorrência, como no Mercosul. O caso é que a Comunidade pode regular, pelo princípio da territorialidade do direito internacional público, somente casos que acontecem nos territórios da sua soberania. Vale lembrar que isto não depende da sede da empresa em questão. É possível que esta tenha sua sede em um terceiro Estado, mas atue no mercado comum. Se o comportamento que infringiu as regras da concorrência realizou-se no mercado comum, aplicam-se as regras do direito comunitário para impedir tal comportamento, independentemente do fato de o autor – se for pessoa jurídica – ter sua sede social em um terceiro Estado ou não ¹¹⁴.

Nota:

114 Ver sobre a extraterritorialidade do direito comunitário da concorrência SCHÜTZ, Hans-Joachim; BRUHA, Thomas; KÖNIG, Doris. *Casebook Europarecht*, p. 925; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste : aspectos internacionais*, 528 p.; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito antitruste e relações internacionais : extraterritorialidade e cooperação*, 230 p.; e FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, 494 p.

Aqui se trata da questão da aplicação extraterritorial do direito comunitário da concorrência (*extraterritoriale Anwendung*), sobre a qual o TJCE manifestou-se no Caso Wood Pulp ¹¹⁵. Neste caso, empresas em terceiros Estados combinaram a venda de celulose. As compradoras foram empresas com sedes no mercado comum que tiveram que pagar preços mais elevados por causa dessa prática.

Nota:

115 Caso Patê de Bois (Wood Pulp), EuGH, Slg. 1988, p. 5193. Conhecer o caso em detalhes em SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Op. cit., p. 244-246 e 257-260.

O TJCE, em um primeiro momento, defendeu a aplicação do art. 81 do TCE, pois, como diz o próprio, são incompatíveis com o mercado comum todos os acordos entre empresas que tenham por objetivo ou por *efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Observa-se que é suficiente que o comportamento cause efeitos ¹¹⁶. A norma não se refere ao lugar onde o comportamento foi realizado, mas sim ao lugar onde o comportamento gerou efeitos.

Nota:

116 Acompanhar esse raciocínio, que parece ter novos desenvolvimentos, em SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Op. cit., p. 271-275.

Num segundo momento, distinguiu o TJCE a formação de um cartel da realização de um cartel e atribuiu importância decisiva ao lugar da realização. Considerou ele que o lugar da formação pode ser influenciado pelas partes, entendendo-se este como sendo o lugar onde os participantes prepararam e constituíram o cartel. O lugar da realização, pelo contrário, é determinado pela interação do cartel com seus clientes.

Para um melhor entendimento dos conceitos de “lugar da formação” e “lugar da realização”, segue um exemplo: se duas empresas, ambas com sede social na China, combinam, entre si, os preços para leitores de DVD e depois vendem os leitores para compradores na Itália, o lugar da formação do cartel é a China, mas o lugar da realização do mesmo é a Itália. Conforme a manifestação do TJCE no Caso Wood Pulp, para a aplicação do direito da concorrência, é suficiente que o lugar da realização do cartel se encontre dentro do mercado comum. Asseverou o TJCE que isto não infringe o princípio da territorialidade e, portanto, é conforme com o direito internacional público ¹¹⁷.

Nota:

117 Caso Patê de Bois (Wood Pulp), EuGH, Slg. 1988, p. 5193, apartado 18.

A doutrina, por sua vez, enxerga nesta posição certa distância do conceito clássico do princípio da territorialidade. Em consequência, uma parte dos autores defende para o direito comunitário da concorrência a aplicação do princípio do efeito (*Auswirkungsprinzip*). Segundo este, aplica-se o regramento se o caso gerar efeitos no mercado comum, que o infrinjam. A aplicação não depende de que o comportamento que causou a infração tenha sido realizado no mercado em questão. É suficiente que o comportamento tenha gerado efeitos nesse mercado ¹¹⁸.

Nota:

118 Comparar MÄGER, Jochen. Op. cit., p. 506 e SCHÜTZ, Hans-Joachim; BRUHA, Thomas; KÖNIG, Doris. Op. cit., p. 925.

O princípio do efeito já é usado nos ordenamentos jurídicos de vários países, entre estes a Alemanha, o Brasil e os Estados Unidos da América ¹¹⁹. Na Alemanha, a disposição é o § 130, inciso 2, da Lei da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), que consagra o princípio *expressis verbis*. São muito discutidos os limites deste princípio. A maioria dos autores alemães usa o critério do tipo e intensidade do efeito (*Art und Intensität der Auswirkung*) para a concretização do princípio do efeito ¹²⁰.

Nota:

119 Sobre a aplicação extraterritorial do direito da concorrência nesses ambientes ver FOX, Eleanor M. Antitrust Law on a Global Scale: Races Up, Down and Sideways. In: ESTY, Daniel C.; GERADIN, Damien. *Regulatory Competition and Economic Integration*, p. 359 e seguintes; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Op. cit., 528 p.; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Op. cit., 230 p.; e FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. Op. cit., 494 p.

120 Sobre os vários conceitos para o princípio do efeito, ver REHBINDER, Eckard. Comentários ao parágrafo 130. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*: Kommentar, apartados 27 e seguintes.

Então, as entidades situadas no Mercosul, que venham a ser consideradas empresas à luz dos conceitos vistos, por seus atos que produzam efeitos no ambiente comunitário, poderão estar sujeitas ao direito comunitário da concorrência.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do processo de integração europeu, a jurisprudência e doutrina tiveram e continuam tendo várias oportunidades para esclarecer dúvidas e mostrar aspectos do sistema que, embora não tenham sido regulados expressamente nos Tratados ou no direito secundário, teriam merecido uma regulação expressa. Este artigo averiguou justamente o conceito de empresa no direito comunitário da concorrência oriundo dessas outras fontes do direito.

Para tanto, mostrou-se muito importante uma série de decisões paradigmáticas do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que, como aqui retratado, vieram ao longo do tempo delineando e, posteriormente, consolidando-o.

A intenção foi, por um lado, identificar a metodologia e as linhas de pensamento que concretizaram este termo e, por outro lado, mostrar os pontos difíceis e duvidosos desse conceito – um que pode ser considerado como um dos mais importantes de todo o direito comunitário da concorrência, pois delimita o âmbito de aplicação deste.

Os resultados da presente análise indicam claramente que a definição do âmbito de aplicação do direito da concorrência em um processo de integração regional é de extrema importância. As inúmeras questões e dúvidas que suscitaram julgamentos do TJCE e uma discussão científica abrangente devem-se, sobretudo, ao fato de o direito comunitário não comportar uma definição de empresa no direito primário. Embora entendida como necessária e fértil, esta discussão contribuiu para certa incerteza jurídica quanto ao campo de aplicação do direito da concorrência.

Um direito de concorrência do Mercosul poderia e deveria aproveitar-se da experiência comunitária. Ao ser elaborado um direito da concorrência coerente para o bloco, seria proveitoso dispor de uma norma que defina a noção de empresa para que não haja dúvidas quanto ao âmbito da aplicação das normas de concorrência. Isto porque de vez em quando os próprios Estados-Membros têm interesse em que certas entidades não sejam qualificadas como sendo empresas. Neste caso, é bom ter uma definição precisa e clara. A jurisprudência comunitária pode ajudar para a elaboração de tal definição. A visão clara quanto à necessidade de um conceito concreto de “empresa” aponta que o melhor seria uma definição fixa, estabelecida por um Tratado, Protocolo ou por outra normativa do Mercosul. Para isto, dois caminhos parecem viáveis. O primeiro visa à elaboração de uma medida particular que compreenderia a definição de empresa. Esta medida poderia servir para a interpretação das regras de concorrência já elaboradas no âmbito do Mercosul, bem como de base para futuras medidas que se refiram a esta definição. O segundo caminho seria a implementação da definição no âmbito de uma codificação abrangente do direito de concorrência para o Mercosul.

Restou, dessa visita na jurisprudência, que o conceito de empresa assume uma característica funcional, ampla, sob a qual são abrangidas as unidades econômicas que operam qualquer atividade econômica que afete as estruturas do mercado.

É possível observar que, na questão da qualificação jurídica de entidades que cuidam do seguro social, o TJCE desenvolveu critérios especiais para definir se uma entidade deve ser considerada empresa nos termos do direito comunitário da concorrência. A idéia é respeitar fatores de objetivo social e obediência ao princípio da solidariedade. Quando a entidade em questão não tem um interesse próprio que difira do fim meramente social, ela não pode ser considerada como sendo uma empresa.

Para uma melhor compreensão de como ficou o conceito comunitário de empresa, por exemplo, ao final de tantas apreciações, vale-se de uma definição formulada pela doutrina, que a define como “aquela entidade, independentemente do seu *status* jurídico e de seu modo de financiamento (Höfner), que desenvolva uma atividade econômica, suscetível de competição (Job Centre). A finalidade de solidariedade social não exclui automaticamente a natureza empreendedora (Poucet et Pistre), mas somente se não consente nem ao menos potencialmente um lucro a quem a exercita (FFSA). Do contrário, não é de empresa a atividade que é típica prerrogativa dos poderes públicos (Eurocontrol)”¹²¹.

Nota:

121 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Op. cit.*, p. 190 e FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *Op. cit.*, p. 193.

Com certeza, essas definições deduzidas da análise jurisprudencial são de relevância e poderão ser usufruídas pelo processo de integração do Mercosul que, em tempo não muito distante, deverá voltar a dar atenção ao direito da concorrência e ao conceito de empresa a ser válido a esse campo do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMANN, Thomas. Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen: Ein Wegweiser durch die geplante Gruppenfreistellungsverordnung und die geplanten Leitlinien der Kommission. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main : Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 24, dez. 1999. p. 741-746.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1992. 361 p.

BASEDOW, Jürgen. The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts. *Texas International Law Journal*, v. 42, 2007. p. 429-439.

BENICKE, Christoph. Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts. *Europäisches Wirtschafts – und Steuerrecht*. Heidelberg : Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 8. Jahrgang, Heft 11, 1997. p. 373-379.

BERG, Werner. Die Rechtsprechung des EuGH und EuG auf dem Gebiet des Kartellrechts im Jahr 2004. *Europäisches Wirtschafts – und Steuerrecht*, a. 2005, v. 2. p. 49-61.

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu : uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito antitruste e relações internacionais : extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001. 230 p.

- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.
- CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*. Torino : G. Giappichelli, 2002. 355 p.
- CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law : text, cases and materials*. 3. ed. Oxford : Oxford University Press, 2003. 1241 p.
- DAUSES, Manfred A. *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*. Munique: C. H. Beck, 2007 (Loseblatt).
- DÖRR, Dieter; HAUS, Florian C. Das Wettbewerbsrecht des EG. *Juristische Schulung*, a. 2001, v. 4. p. 313-319.
- DREHER, Meinrad. Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung: Überlegungen zur 6. GWB-Novelle. *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 45. Jahrgang, Heft 11, nov. 1995. p. 881-907.
- DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1992. Heft 265. 11 p.
- EILMANSBERGER, Thomas. Comentários ao artigo 81 TCE. In: STREINZ, Rudolf (edt.). *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. 1. ed. Munique: C. H. Beck, 2003.
- EMMERICH, Volker. Comentários ao artigo 81 TCE. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : Kommentar*. 3. ed. Munique: C. H. Beck, 2001.
- EMMERICH, Volker. Wettbewerbsregeln: Kartellrecht. In: DAUSES, Manfred A. *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*. Munique: C. H. Beck, 2007 (Loseblatt).
- ESTY, Daniel C.; GERADIN, Damien. *Regulatory competition and economic integration*. 1. ed. Oxford : Oxford University Press, 2001. 472 p.
- FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. *Europarecht : Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. 264 p.
- FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC law of competition*. 2. ed. Oxford : Oxford University Press, 2007. 1400 p.
- FOX, Eleanor M. Antitrust Law on a Global Scale: Races Up, Down and Sideways. In: ESTY, Daniel C.; GERADIN, Damien. *Regulatory Competition and Economic Integration*. 1. ed. Oxford : Oxford University Press, 2001.
- FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. 494 p.
- GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard. *Das Recht der Europäischen Union*. 31. Suplemento. Munique: C. H. Beck, 2006 (Loseblatt).
- GRILL, Gerhard. Comentários ao artigo 81 TCE. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (edt.). *EU- und EG-Vertrag : Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. 4. ed. Colônia: Bundesanzeiger, 2006.
- HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. 3. ed. München: Franz Vahlen, 2003. 239 p.
- HERDEGEN, Matthias. *Europarecht*. 9. ed. Munique: C. H. Beck, 2006. 455 p.
- HESS, Rainer. *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*. 43. ed. Munique: C. H. Beck, 2006 (Loseblatt).
- IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : Kommentar*. 3. ed. Munique: C. H. Beck, 2001. 2600 p.
- IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht : Band 1. EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2007. 1795 p.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. 807 p.
- KEßLER, Jürgen. Die gesetzliche Krankenversicherung als Ausnahmebereich im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, a. 2006, v. 11. p. 1283-1287.
- KILIAN, Matthias. Europäisches Kartellrecht und nationales Satzungsrecht berufsautonomer Körperschaften. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, a. 2002, v. 7. p. 802-810.
- KOENIG, Christian; ENGELMANN, Christina. Das Festbetrags-Urteil des EuGH: Endlich Klarheit über den gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff im Bereich der Sozialversicherung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, a. 2004, p. 682-686.
- KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 420 p.
- LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (edt.). *EU- und EG-Vertrag : Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. 4. ed. Colônia: Bundesanzeiger, 2006. 2653 p.
- LÖRCHER, Heike. Anwaltliches Berufsrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, a. 2002, v. 15. p. 1092-1093.
- MÄGER, Thorsten. In: SCHULZE, Reiner; ZULEEG, Manfred: *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 2006.
- MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O direito da concorrência no Mercosul após o Protocolo de Fortaleza. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul : integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MONTAG, Frank; v. BONIN, Andreas. Die Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts bis Ende 2004. *Neue Juristische Wochenzeitung*, a. 2005, v. 40. p. 2898-2904.

REHBINDER, Eckard. Comentários ao parágrafo 130. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* : Kommentar. 3. ed. Munique: C. H. Beck, 2001.

RIEDEL, Daniel. Krankenkassen keine Unternehmen i. S. des Wettbewerbsrechts – Arzneimittelfestbeträge zulässig. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* , a. 2004, v. 8. p. 241-245.

RULAND, Franz. Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern. *Juristische Schulung* , a. 2005, v. 3. p. 212-214.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor* , São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 74-109, out./dez. 1999.

SCHEFFLER, Arndt. Unternehmensbegriff nach EG-Kartellrecht (Anmerkung). *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* , a. 2006, p. 601-603.

SCHULZE, Reiner; ZULEEG, Manfred: *Europarecht* – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis. 1. ed. Baden-Baden : Nomos, 2006. 1994 p.

SCHÜTZ, Hans-Joachim; BRUHA, Thomas; KÖNIG, Doris. *Casebook Europarecht* . 1. ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2006. 1073 p.

SCHWARZE, Jürgen. Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* , a. 2000, v. 20. p. 613-627.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste* : aspectos internacionais. Curitiba : Juruá, 2006. 528 p.

SLOT, Piet Jan. The concept of undertaking in EC Competition Law. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling* . Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 1413-1426. Band II.

SODAN, Helge. Gesundheitsreform 2006/2007 – Systemwechsel mit Zukunft oder Flickschusterei? *Neue Juristische Wochenschrift* , a. 2006, v. 50. 3617-3620.

STOCKENHUBER, Peter. Comentários ao artigo 81 TCE. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard. *Das Recht der Europäischen Union* . 31. Suplemento. Munique: C. H. Beck, 2006 (Loseblatt).

STREINZ, Rudolf (edt.). *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* . 1. ed. Munique: C. H. Beck, 2003. 2733 p.

WALBROECK, Michel. Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE. In : CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. et al. (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration* : Liber Amicorum Pierre Pescatore. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 781-803.