

Doutrina**A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA: UMA HISTÓRIA DE CONCEITOS INACABADOS****Jürgen Basedow**

*Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M. (Universidade de Harvard); Diretor do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law; Professor na Universidade de Hamburgo; Presidente da German Monopoly Commission. Tradução do original publicado no Texas International Law Journal, v. 42, p. 429-439, por Ricardo Leal de Moraes, Bacharel em Direito e Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Pesquisador do Grupo de Pesquisa UFRGS/CNPq “Direito Internacional da Concorrência”; Advogado em Porto Alegre (Silveiro Advogados).
e-mail: j.basedow@mpipriv.de*

Introdução; **1.** Descentralização. **2.** Uma Abordagem Mais Econômica do Controle das Concentrações de Empresas; **3.** Execução Privada (Private Enforcement); Referências Bibliográficas.

Palavras-chave: Direito comunitário da concorrência; Regulamento nº 1/2003; Regulamento nº 139/2004; *private enforcement* e o Livro Verde da Comissão.

INTRODUÇÃO

No final da década de 1990, a Comissão Européia começou a conceber uma completa revisão da sua política de concorrência. Na iminência do alargamento da Comunidade para a Europa Central e a Oriental e da adesão de um grande número de novos Estados-membros, a Comissão temia ser cada vez menos capaz de garantir um grau satisfatório de cumprimento do direito comunitário da concorrência. Por esta razão, na primavera de 1999, a Comissão publicou um Livro Branco sugerindo toda uma nova estrutura para a execução dos arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia (TCE) ¹. Sua consequência mais importante foi a de substituir o anterior monopólio da Comissão para conceder isenções com fundamento no art. 81, nº 3, por uma rede de autoridades nacionais de concorrência com competência para aplicar diretamente o art. 81, nº 3, do TCE. Esta descentralização, que será explicitada na primeira parte deste artigo, é acompanhada por certa mudança na aplicação das principais disposições. Provavelmente, é devido a uma maior influência americana e anglo-saxã sobre o direito comunitário da concorrência que se pode observar uma mudança neste em direção a uma abordagem mais econômica. Diversos instrumentos da Comissão evidenciam esta tendência. Ela é, claramente, explicitada no novo Regulamento de Controle das Concentrações de Empresas nº 139/2004, que será discutido na segunda parte deste artigo. Uma terceira grande mudança de direção tornou-se visível no final do ano de 2005 e se relaciona à execução privada dos arts. 81 e 82. A Comissão já havia acenado com a necessidade de uma maior utilização de ações judiciais privadas em suas primeiras proposições do Regulamento nº 1/2003 ². Um Livro Verde sobre esta matéria foi publicado em dezembro de 2005 ³.

Notas:

1 Livro Branco da Comissão para a modernização das regras de aplicação dos arts. 85 e 86 do Tratado da Comunidade Européia (TCE). Programa da Comissão número 99/027, de 12.05.1999. Disponível em: <http://www.eu.int/comm/competition/antitrust/wp-modern_en.pdf>.

2 Veja o Livro Branco (nota de rodapé 1), COM (1999) 101 final, para 100.

3 Livro Verde da Comissão sobre ações de indenização pela violação das normas comunitárias antitruste, COM (2005) 672 final. 19 dez. 2005.

1. DESCENTRALIZAÇÃO

Desde a promulgação do Regulamento nº 17, em 1962 ⁴, o direito comunitário da concorrência foi caracterizado pelo monopólio da Comissão para conceder isenções com fundamento no art. 81, nº 3, do TCE. Embora as autoridades nacionais de concorrência e os tribunais estivessem autorizados ou mesmo obrigados a aplicar a proibição de acordos restritivos previstos no art. 81, nº 1, do TCE, eles não podiam decidir se o caso analisado estava ou não contemplado entre as possíveis

isenções. Como as empresas sob investigação costumam invocar alguma justificativa para o seu comportamento anticoncorrencial, eram praticamente inúteis as queixas apresentadas às autoridades nacionais de concorrência e os litígios iniciados perante uma corte nacional com fundamento na violação do art. 81. Os prejudicados pelos comportamentos anticoncorreciais preferiam se dirigir diretamente à Comissão. O número de tais queixas diretas à Comissão foi, constantemente, crescendo com a adesão de novos Estados-membros, de forma que a Comissão se tornava cada vez menos capaz de fazer cumprir, de maneira eficaz, o direito comunitário da concorrência.

Nota:

4 Regulamento do Conselho nº 17, de 06.02.1962. Primeiro regulamento de execução dos arts. 85 e 86 do Tratado da Comunidade Européia, J.O. n. L 13, de 21.02.1962, p. 204, emendado pelo Regulamento do Conselho nº 1216/1999, de 10.06.1999, J.O. n. L 148, de 15.06.1999, p. 5.

A Comissão utilizou dois instrumentos para lidar com o problema. Relativamente às situações padrões, a Comissão emitiu regulamentos de isenção em bloco, declarando ser o art. 81, nº 1, inaplicável a certas categorias de acordos e práticas concertadas. Além disso, pedidos individuais de isenção foram cada vez mais, freqüentemente, respondidos através das denominadas cartas de conforto (*comfort letters*). Sem atribuir uma posição definitiva sobre o respectivo comportamento, tais cartas confirmam que a Comissão, embora se reservando o direito de promover uma investigação posteriormente, não vislumbra qualquer motivo para intervir de imediato. A conseqüente incerteza resultante deste procedimento foi mais, claramente, observada quando contratos contendo cláusulas anticoncorreciais deram origem a processos judiciais privados: deveria um juiz nacional ser autorizado a considerar nula e sem efeitos nos termos do art. 81 do TCE uma cláusula coberta por alguma carta de conforto, ou deveria tal cláusula necessariamente ser respeitada como válida até ulterior ação da Comissão? ⁵

Nota:

5 Veja-se SCHRÖTER, Von der Groeben/Schwarze (eds.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – Kommentar (6. ed. 2003), art. 81 TCE, § 229, com referências posteriores.

Diante do iminente alargamento da Comunidade em direção à Europa Central e à Oriental e da adesão de dez novos Estados-membros, a Comissão receava que o surgimento de uma enxurrada de novos casos pudesse tornar a situação insustentável. Por este motivo, a Comissão abriu mão de seu monopólio de concessão de isenções. Nos termos do art. 1º, nº 2, do Regulamento nº 1/2003, “acordos, decisões e práticas concertadas englobados pelo art. 81, nº 1, do Tratado que satisfaçam as condições do art. 81, nº 3, do Tratado não serão proibidos, não sendo necessária qualquer decisão prévia para tal efeito” ⁶. Ao mesmo tempo, as autoridades de concorrência dos Estados-membros são privadas do seu poder discricionário de decidir aplicar ou a legislação nacional da concorrência ou os arts. 81 e 82, quando investigam comportamentos anticoncorreciais. Embora tais investigações permaneçam discricionárias, as autoridades têm de aplicar os arts. 81 e 82 aos comportamentos que possam afetar o comércio entre Estados-membros caso decidam dar início a um procedimento ⁷. No que diz respeito às práticas anticoncorreciais, o art. 3, nº 2, estabelece, expressamente, que o art. 81 tem prioridade sobre a aplicação paralela do direito nacional da concorrência. Esta regra e a aplicabilidade direta do art. 81 do TCE, supostamente, deveriam evitar a distorção dos principais princípios uniformes previstos no art. 81, distorção esta que poderia decorrer da simultânea aplicação do direito nacional da concorrência.

Notas:

6 Regulamento do Conselho nº 1/2003, de 16.12.2002, sobre a implementação das regras da concorrência segundo os arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia, J.O. n. L 1, de 04.01.2003, p. 1.

7 Regulamento do Conselho nº 1/2003, art. 3º, nº 1.

Mas seria tal suposição justificada? Seria a obrigação de aplicar os principais princípios uniformes suficiente para garantir uniformidade na prática? Estaríamos dispostos a aceitar tal suposição em um contexto de direito privado uniforme, por exemplo, na lei de vendas internacionais de mercadorias ou nas convenções internacionais sobre transportes. Entretanto, no direito da concorrência, o interesse nacional e o envolvimento político são muito mais fortes do que no direito privado tradicional. Neste ponto, as tradições variam em grande medida entre os 25 Estados-membros*. A política econômica em alguns dos antigos Estados-membros, como a França, sempre foi focada no apoio a grandes empresas nacionais, enquanto a política econômica de outros países, especialmente o Reino Unido e a Alemanha, tradicionalmente, ressalta a necessidade de um ambiente competitivo, visando à preservação do bem-estar dos consumidores e da liberdade econômica. Na maioria dos novos Estados-membros, o direito e a política de concorrência são conquistas recentes. Líderes econômicos e políticos da geração mais antiga enfrentam dificuldades com a política de concorrência, enquanto os da nova geração, por vezes, tendem a rejeitar em absoluto a intervenção estatal, mesmo que esta se destine a proteger a própria concorrência. As divergências são de grande alcance e levantam sérias dúvidas sobre a possibilidade de um regime uniforme de concorrência cuja administração é, em grande medida, confiada às autoridades nacionais.

Nota:

* N.T. Atualmente 27 Estados-membros, com a entrada da Romênia e da Bulgária em 2007.

A Comissão estava consciente dos riscos inerentes à descentralização. O conceito subjacente ao Regulamento nº 1/2003 prevê a substituição do monopólio da Comissão, não pelas decisões tomadas, isoladamente, pelas autoridades nacionais, mas por uma rede composta pela Comissão e pelas autoridades nacionais de concorrência, colocadas sob uma estreita obrigação de cooperação. Os mecanismos de informação e de consulta estão definidos em várias disposições do Regulamento nº 1/2003 e em outros instrumentos da Comunidade (especialmente, em uma declaração comum⁸ e em uma denominada comunicação sobre a rede⁹). Neste contexto, apenas algumas estruturas básicas podem ser explicadas.

Notas:

8 Declaração em conjunto do Conselho e da Comissão sobre cooperação dentro da Rede de Autoridades de Concorrência nº 15.435/2002. 10 dez. 2002.

9 Comunicação da Comissão sobre cooperação dentro da rede de autoridades de concorrência. 27 abr. 2004. J.O. n. C 101, p. 43.

Uma questão fundamental é a da atribuição dos processos para determinada autoridade nacional de concorrência. Em virtude da teoria dos efeitos, contemplada no direito nacional da concorrência de muitos Estados-membros, comportamentos anticoncorrenciais, que afetem o comércio entre Estados-membros, freqüentemente, dão origem a investigações conduzidas por duas ou mais autoridades nacionais de concorrência de diferentes países. As respectivas competências de tais autoridades não podem ser colocadas em dúvida, mas é evidente que a tramitação de processos paralelos em vários Estados-membros pode gerar custos excessivos e levar a resultados contraditórios. Por esta razão, o art. 13 do Regulamento nº 1/2003 permite que Estados-membros suspendam ou finalizem processos, diante da existência de um processo iniciado pela autoridade de outro Estado-membro. Contrariando a objeção do *lis alibi pendens* do processo civil, não será, necessariamente, a autoridade que primeiro recebeu o caso que irá conduzir o processo. Pelo contrário, a atribuição de um caso para alguma autoridade será decidida conjuntamente pelos Estados-membros envolvidos e pela Comissão.

De acordo com a já aludida comunicação sobre a rede, o processo deve ser atribuído à autoridade mais adequada para o respectivo propósito¹⁰. Apesar de tal comunicação estabelecer alguns pontos relevantes, não fica claro como deve se dar a relação entre os Estados-membros e a Comissão. Por exemplo, o caso pode ser atribuído à autoridade do Estado-membro onde a maior parte das respectivas provas está localizada, mas também é possível que o caso seja encaminhado para a autoridade de outro Estado-membro que tenha os recursos para realizar a investigação em um tempo adequado. Após dois anos de funcionamento, os funcionários da Comissão e das autoridades nacionais de concorrência parecem estar muito satisfeitos com os resultados obtidos.

Nota:

10 Idem, nota de rodapé 9, § 7 e seguintes.

Sabemos muito menos, no entanto, sobre a avaliação por parte das empresas. Este caráter discricionário da forma de atribuição dos casos pode gerar riscos altos e imprevisíveis para elas. Veja-se o exemplo das sanções penais aplicáveis aos diretores responsáveis, que só existem em alguns Estados-membros, como no Reino Unido e na Eslováquia. Suponha-se que um caso, cujos fatos remetem, basicamente, para um país como a Alemanha (no qual não são previstas sanções penais), seja atribuído pelo critério discricionário da rede para a autoridade de concorrência da Eslováquia ou do Reino Unido. Poderíamos, efetivamente, supor que essa atribuição discricionária do caso está em consonância com direitos fundamentais como os consagrados no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹ e no art. 47 da Carta de Direitos Fundamentais?¹²

Notas:

11 Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 11 abr. 1950. 213 U.N.T.S. 221 (1955).

12 Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, J.O. n. C 364, de 18 dez. 2000, p. 1 e seguintes.

O Regulamento nº 1/2003 prevê muitas obrigações no campo da informação e das consultas¹³. Ele também permite que as autoridades de concorrência dos Estados-membros realizem investigações em nome de uma autoridade de concorrência de outro Estado-membro, a fim de determinar se houve uma violação aos arts. 81 ou 82¹⁴. No entanto, deve-se salientar que este tipo de cooperação é voluntária. Como podemos esperar a investigação exaustiva de um cartel transfronteiriço se as autoridades dos Estados-membros não são obrigadas a atender pedidos de investigação realizados por autoridades nacionais de outros Estados-membros? A suposição subjacente é a de que a autoridade nacional de concorrência designada irá realizar uma ampla investigação, abrangendo todos os efeitos do respectivo comportamento anticoncorrencial, independentemente do local onde eles sejam sentidos dentro da Comunidade. No entanto, esta suposição pode ser otimista. O Regulamento nº 1/2003 não obriga a autoridade de concorrência designada a estender suas investigações para além das fronteiras nacionais do seu próprio Estado. Diante das dificuldades de obtenção de provas em países estrangeiros e dos atrasos causados pela cooperação transnacional, as autoridades nacionais de concorrência tendem a limitar suas investigações aos seus próprios territórios nacionais. Se tal é verdade, o mecanismo de atribuição dos casos deve ser questionado. Se um comportamento anticoncorrencial afeta vários Estados-membros e a autoridade nacional designada pela rede investiga apenas os efeitos

sentidos em seu próprio território, esta atribuição dos casos poderá acarretar em uma punição inferior a que é devida, pois os efeitos sentidos em outros Estados-membros não serão considerados pela autoridade encarregada da investigação quando da fixação do montante da multa a ser aplicada.

Notas:

13 Veja-se, por exemplo, Regulamento do Conselho nº 1/2003, nota 6 acima, arts. 11, 12 e 15; veja-se também o mecanismo concreto de cooperação exposto no Comunicado da Comissão sobre cooperação, nota 9 acima.

14 Regulamento do Conselho nº 1/2003, art. 22.

Em suma, a descentralização pode intensificar o cumprimento pelas instituições dos arts. 81 e 82. Por outro lado, a estrutura da rede comunitária da concorrência, como estabelecida no Regulamento nº 1/2003, é conceitualmente incompleta e inconsistente; é muito provável que ela conduza a punições inferiores às efetivamente devidas. Tal conclusão é corroborada pela observação final de que não há reconhecimento e execução mútuos das decisões nesta rede de autoridades de concorrência. O Regulamento nº 1/2003 não é nada mais do que um primeiro passo em direção a uma verdadeira rede de autoridades de concorrência.

2. UMA ABORDAGEM MAIS ECONÔMICA DO CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS

Uma segunda característica distintiva da modernização do direito comunitário da concorrência é o aumento de importância das ciências econômicas ¹⁵. Uma prova clara desta mudança de metodologia pode ser encontrada nas orientações sobre cooperação horizontal ¹⁶ e no Regulamento de isenções em bloco para restrições verticais ¹⁷. Mas o mais significativo instrumento que reflete esta evolução é o principal teste para o controle das concentrações adotado pelo novo Regulamento de Controle das Concentrações nº 139/2004 ¹⁸.

Notas:

15 Veja-se, por exemplo, HILDEBRAND, Doris. Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik – Dynamic und Ausblick, WuW 2005, 513 e seguintes; CHRISTIANSEN, Arndt. Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: mehr Kosten als Nutzen?, WuW 2005, 285 e seguintes; BÖGE, Ulf. Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, WuW 2004, 727 e seguintes.

16 Comunicado da Comissão: orientações sobre a aplicabilidade do art. 81 do TCE aos acordos de cooperação horizontal. J.O. n. C 3, de 06.01.2001, p. 2 e seguintes, doravante denominado Comunicado da Comissão: Orientações.

17 Regulamento da Comissão nº 2.790/1999, de 22.12.1999, sobre a aplicação do art. 81, n. 3, do Tratado da Comunidade Europeia a categorias de acordos verticais e práticas concertadas, J.O. n. L 336, de 29.12.1999, p. 21 e seguintes.

18 Regulamento do Conselho nº 139/2004 sobre o controle das concentrações de empresas, J.O. n. L 24, de 29.01.2004, p. 1 e seguintes.

O controle das concentrações de empresas foi introduzido no direito comunitário pelo Regulamento nº 4.064/1989 ¹⁹. De acordo com seu art. 2º, nº 3, uma concentração “que cria ou reforça uma posição dominante, resultando em um significativo impedimento da concorrência efetiva” tinha de ser declarada incompatível com o mercado comum. O segundo elemento deste exame duplo revelou-se bastante insignificante na sua aplicação prática. Sempre que a Comissão constatava a criação ou o reforço de uma posição dominante individual ou coletiva, presumia-se como resultado um significativo impedimento da concorrência efetiva ²⁰. O exame da posição dominante estava intrinsecamente ligado ao art. 82: se o abuso de uma posição dominante era proibido por força dessa disposição, o direito deveria relutar em aceitar o surgimento de posições dominantes, com exceção dos casos de crescimento interno. Como consequência do Regulamento nº 4.064/1989, o mesmo conceito de posição dominante de um mercado relevante podia ser utilizado tanto para o controle das concentrações quanto para o controle das práticas abusivas. Em especial, a presunção judicial da existência de posição dominante nos casos de participação de mercado de mais de cinquenta por cento ²¹ e o exame de posição dominante coletiva, tal qual preconizados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ²² (TJCE), podiam ser usados em ambos os contextos ²³.

Notas:

19 Regulamento do Conselho nº 4.064/1989 sobre o controle das concentrações de empresas, J.O. n. L 395, de 30.12.1959, p. 1 e seguintes.

20 Para a discussão sobre a relevância deste elemento, veja-se IMMENGA. Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht. v. 1. 1997. Regulamento nº 139/2004, art. 2, § 18 e seguintes; RÖSLER. Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, v. 6. Regulamento nº 139/2004, art. 2, § 216 e seguintes.

21 Veja-se, por exemplo, caso C-85/76, caso Hoffmann-La Roche vs. Comm'n. 1979 E.C.R. I-461; caso C-62/86, caso AKZO Chemie vs. Comm'n. 1991 E.C.R. I-03359 (ambos relativos à legislação sobre o abuso de posição dominante).

22 Veja-se, por exemplo, casos T-68/89, T-77/89 & T-78/89, caso Società Italiana Vetro SpA vs. Comm'n. 1992 E.C.R. II-1403; caso C-393/92, caso Gemeente Almelo vs. NV Energiebedrijf IJsselmij. 1994 E.C.R. I-1477; casos C-140/94, C-141/94 & C-142/94, caso DIP SpA vs. Comune di Bassano del Grappa. 1995 E.C.R. I-3257; casos T-24/93, T-25/93, T-26/93 & T-28/93, caso Compagnie Maritime Belge Transports S/A vs. Comm'n. 1996 E.C.R. II-1201; casos C-68/94 & C-30/95, caso French Republic vs. Comm'n. 1998 E.C.R. I-1375; caso T-102/96, caso Gencor Ltd. vs. Comm'n. 1999 E.C.R. II-753; caso T-342/99, caso Airtours plc vs. Comm'n. 2002 E.C.R. II-2585, doravante denominado Caso Airtours.

23 Na avaliação da participação no mercado, deve-se estar atento, no entanto, que, devido ao caráter prospectivo e à abordagem mais dinâmica do controle das concentrações, as decisões do TJCE baseadas no art. 82 relativas ao abuso de posição dominante somente com cautela podem ser transportadas para a situação do controle das concentrações; veja-se IMMENGA, nota 20 acima, Regulamento nº 139/2004, art. 2, § 102.

O art. 2º, nº 3, do Regulamento nº 139/2004 alterou a ordem dos dois elementos deste principal exame realizado no controle das concentrações. Atualmente, uma concentração “que significativamente impeça a concorrência efetiva [...] especialmente como resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante, deve ser declarada incompatível com o mercado comum”. De acordo com essa nova norma, a constatação da posição dominante é apenas um exemplo de um entrave significativo à concorrência efetiva. É o Significativo Impedimento à Concorrência Efetiva (SICE) que agora fornece o principal critério. Como consequência, mesmo uma concentração que não satisfaça o teste sobre a existência de uma posição dominante pode ser proibida em função do novo exame baseado no SICE.

Esta alteração pode parecer mínima à primeira vista. Mas ela tem o efeito de privar a anterior jurisprudência de grande parte do seu significado. Dado o obstáculo à concorrência econômica, exemplificado pelo teste da posição dominante, é improvável que uma concentração que satisfaça este seja declarada compatível com o mercado comum. Por outro lado, a aplicação deste teste de posição dominante não é exaustiva. Pode haver concentrações que não caracterizem uma posição dominante, mas que mesmo assim constituam significativo impedimento à concorrência econômica.

Para explicar a necessidade desta possibilidade adicional de controle, o considerando 25 do Regulamento nº 139/2004 refere-se aos efeitos não-coordenados ou unilaterais que uma concentração pode apresentar em mercados oligopolistas. Um bom exemplo destes efeitos não-coordenados é o caso *Airtours*, decidido pelo Tribunal de Primeira Instância²⁴. Ele se relaciona ao mercado britânico de excursões, na modalidade *all-inclusive*, para o continente europeu e para os seus arredores. Entre as quatro operadoras turísticas líderes do mercado, a terceira e a quarta, com participações no mercado de 19,4% e 15%, respectivamente, fundiram-se. Como consequência, a entidade resultante da concentração tornou-se a número um do mercado, com uma participação de 34,4%; tal a colocou à frente da líder anterior, que tinha uma participação de 30,7% do mercado, e da outra empresa, que tinha uma participação de 20,4% do mercado. A Comissão havia proibido a fusão, afirmando que esta iria reforçar a posição dominante coletiva das quatro empresas líderes²⁵. Em sede de revisão, esta decisão da Comissão foi declarada nula pelo Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal salientou que, para a suposição da existência de uma posição dominante coletiva, seria necessária uma considerável transparência do mercado, de forma que cada membro do oligopólio líder pudesse monitorar com precisão e velocidade suficientes o comportamento dos outros atores do mercado. Além disso, uma posição dominante coletiva exigiria capacidade dos membros do oligopólio para imporem sanções severas aos membros dissidentes, de forma a dissuadi-los de qualquer tentativa de pressionarem a concorrência. O Tribunal considerou que a Comissão não havia comprovado de forma suficiente a presença destes elementos de uma posição dominante coletiva no caso em questão.

Notas:

24 Caso T-342/99, caso *Airtours plc vs. Comm'n*. 2002 E.C.R. II-2585, nota 22 acima.

25 Decisão da Comissão de 22.09.1999 declarando a concentração incompatível com o mercado comum e com o Acordo da Área Econômica Europeia (Caso IV/M. 1524 – *Airtours/First Choice*), J.O. (L 93), de 13.04.2000, p. 1.

Não é improvável que o teste da posição dominante coletiva tenha atingido os seus limites neste caso. Aparentemente, um dos requisitos básicos de uma posição dominante coletiva, ou seja, o caráter homogêneo dos produtos no mercado, não está presente no caso. No entanto, economistas defendem que uma concentração em um estreito oligopólio pode fornecer espaços adicionais de manobra para as empresas remanescentes no mercado. Em especial, uma iniciativa competitiva adotada por uma operadora turística com grande participação no mercado, provavelmente, não seria acompanhada pelos seus concorrentes, que, como resposta, seriam incapazes de reservar um número suficiente de quartos de hotel e de assentos para transporte aéreo. Efeitos unilaterais deste tipo são tidos como insuscetíveis de serem considerados pelo aludido teste da posição dominante. Economistas sugerem que o novo critério do SICE é mais flexível e possibilitaria a proibição necessária nestes casos²⁶. Embora tal possa ser verdade, a lógica econômica subjacente à análise do caso *Airtours* parece questionável. Ela se baseia em um muito limitado período de tempo de um ano e não leva em consideração a reação das concorrentes nos anos subsequentes. É possível que as concorrentes, que foram surpreendidas pelo avanço da líder do mercado em um ano, dêem sua resposta no ano seguinte. Se isto é verdade, a necessidade de revisão das concentrações para além do teste da posição dominante não pareceria ser bem fundamentada.

Notas:

26 Veja-se do Grupo de Trabalho em Concorrência do Bundeskartellamt alemão o documento *Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?, Konzepte für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen*, 2001, p. 16 e seguintes.

Outro elemento da análise econômica que tem adquirido crescente importância no âmbito deste novo critério do SICE é o da defesa da eficiência²⁷. O anterior Regulamento nº 4.064/1989 havia destacado, nos seus considerandos 4 e 13, que as concentrações são apropriadas para aumentar a competitividade das empresas comunitárias, melhorar as condições de crescimento e a qualidade de vida e reforçar a coesão econômica e social da Comunidade. Mas estas metas eram relacionadas aos objetivos fundamentais da Comunidade, tal qual previstos nos arts. 2º e 130, alínea a (agora 158), do TCE, enquanto os ganhos de eficiência derivados das concentrações não eram abordados de forma explícita. Estes ganhos podiam dar suporte a uma operação de concentração, à medida que contribuíam para “o desenvolvimento do progresso técnico e econômico”²⁸. Porém, o seu papel era ambivalente, uma vez que também podiam ser utilizados para dar mais força à empresa resultante da concentração em relação a seus concorrentes.

Notas:

27 Veja-se in Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*. 2. ed. 2004. § 25. § 142 e seguintes; ZEISE, in: Schulte (ed.), *Handbuch der Fusionkontrolle*. 2005, p. 358, § 1.282 e seguintes.

28 Regulamento do Conselho nº 4.064/1989, nota 19 acima. art. 2, nº 1, alínea *b*.

De forma contrária, o Livro Verde sobre a revisão do Regulamento de Controle das Concentrações²⁹ faz referência aos ganhos de eficiência apenas na defesa da concentração, da mesma forma que faz o Regulamento nº 139/2004. Embora a redação do art. 2º, nº 1, tenha permanecido inalterada neste tocante, o considerando 29 faz referência explícita à hipótese de “que os ganhos de eficiência proporcionados pela concentração se contrapõem aos efeitos sobre a concorrência e, em especial, ao potencial perigo para os consumidores [...] e que, como consequência, a concentração não impedirá significativamente a concorrência efetiva [...]”³⁰. Assim, a eficiência é considerada um elemento da restrição da concorrência, e as orientações sobre concentrações horizontais, publicadas pela Comissão³¹, apontam igualmente para a possibilidade de que os ganhos de eficiência compensem efeitos anticoncorrenciais.

Notas

29 Livro Verde da Comissão sobre a revisão do Regulamento do Conselho nº 4.064/1989. COM (2001) 745 final. 12 nov. 2001, § 170 e seguintes.

30 Regulamento do Conselho nº 139/2004, nota 18 acima, considerando 29.

31 Comunicado da Comissão: Orientações, nota 16 acima, p. 2 e seguintes.

Existem duas grandes objeções a esta nova abordagem. Em primeiro lugar, a própria apuração dos ganhos de eficiência por uma autoridade estatal parece contrariar o modelo da economia de mercado. Este modelo parte da suposição básica de que os atores do mercado – quer se trate de pessoas físicas quer se trate de empresas – determinam suas próprias preferências econômicas individualmente e de uma forma subjetiva. Não há nenhuma maneira racional de se convencer alguém que a compra de um Rolls Royce tem de ser a preferida em detrimento da de um Skoda. Não é possível encontrar critérios objetivos que façam as pessoas gastarem seu dinheiro em grandes apartamentos em vez de em carros de luxo. Estas preferências individuais podem ser explicadas por fatores psicológicos e culturais, ou pelas necessidades e inclinações específicas dos atores de um mercado. Mas o regime de mercado tem de aceitar estas preferências como um ponto de partida, isto é, para a troca de bens e serviços e para a formação de preços. Como consequência, os ganhos de eficiência somente podem ser apurados baseando-se nas decisões individuais de se pagar uma determinada quantia por produtos ou serviços. Eficiência é a agregação do crescimento da satisfação sentida por atores do mercado, como resultado do regime de mercado. A este respeito, não é suficiente levar em consideração a satisfação das empresas envolvidas em uma concentração; a satisfação de terceiros e dos consumidores também tem de ser considerada. Como pode uma autoridade estatal avaliar todas estas valorizações individuais da concentração? Como esta valorização individual, normalmente, dependeria de uma previsão dos efeitos futuros da concentração, seria necessária uma capacidade de se fazer prognósticos que ninguém pode ostentar.

Uma segunda objeção relaciona-se à alegada compensação dos efeitos anticoncorrenciais e de ganho de eficiência de uma concentração. Tal compensação exigiria uma espécie de quantificação de ambos os efeitos, o que é, na verdade, insinuado nas orientações da Comissão sobre concentrações horizontais. Contudo, tal quantificação iria, desnecessariamente, limitar a respectiva análise. Ela focaria nos efeitos da concentração sobre os preços, prevendo ganhos de eficiência se os preços diminuíssem, e prevendo efeitos anticoncorrenciais se os preços aumentassem. Tal análise arrisca excluir os efeitos estruturais da concentração, que normalmente durariam por um período muito mais longo do que os efeitos imediatos sobre os preços. Não se deve esquecer, no entanto, de que a revisão das concentrações foi introduzida, precisamente, em razão destes efeitos estruturais refletidos pelo teste da posição dominante.

Em suma, a abordagem mais econômica, como esta aplicada pelo Regulamento nº 139/2004 para a análise das concentrações, levanta muitas questões. Parece duvidoso se a alteração realmente ajuda a proteger a concorrência, assim como também é incerto o seu impacto sobre a segurança jurídica exigida para as operações de concentração³². É seguro dar como certo, no entanto, que os advogados especializados em direito da concorrência passarão a ter mais trabalho pela frente.

Nota:

32 Veja-se também, de forma crítica a esse respeito, CHRISTIANSEN, nota 15 acima, WuW 2005, 285 e seguintes.

3. EXECUÇÃO PRIVADA (*PRIVATE ENFORCEMENT*)

Um outro elemento da modernização do direito comunitário da concorrência pode ser considerado uma mudança em direção à execução privada. A execução privada sempre foi considerada um escudo contra ações judiciais privadas no que diz respeito à função do art. 81³³. Na verdade, demandas oriundas de acordos anticoncorrenciais sempre foram rebatidas pelos réus com a alegação de nulidade do contrato, fundamentada no art. 81, nº 2, do TCE. O recente debate centra-se na utilização ofensiva dos arts. 81 e 82 como se fossem uma “espada” nas mãos das vítimas dos comportamentos anticoncorrenciais. É bem sabido que as demandas privadas, visando à compensação pelas perdas sofridas com cartéis e com abusos monopolistas, desempenham um significativo papel no cumprimento da legislação antitruste dos Estados Unidos da América, onde o requerente tem direito a receber uma quantia equivalente a três vezes o valor da sua perda³⁴. Na Europa, até recentemente essas demandas não eram reconhecidas no direito comunitário. Embora os Estados-membros, normalmente, prevejam na legislação local a possibilidade do ajuizamento de uma ação de indenização pelos danos resultantes da violação dos arts. 81 e 82, nenhum dos Estados-membros é tão generoso para o requerente quanto o é o direito norte-americano.

Notas:

- 33 Veja-se, por exemplo, SCHMIDT, K. In: Immenga/Mestmäcker, nota 20 acima, art. 85, § 38 e seguintes.
 34 Clayton Act. ch. 323, § 4, 38 Stat. 730. 1914 (atualmente nº 15 U.S.C. § 15, alínea a . 2006).

Já em 1999, quando apresentou a proposta do posterior Regulamento nº 1/2003, a Comissão salientou que a “proposta visa a promover a execução privada através dos tribunais nacionais”³⁵. Na verdade, a aplicabilidade direta do art. 81, nº 3, permite que os tribunais nacionais julguem ações de indenização baseadas na violação do art. 81 do TCE sem a suspensão do caso, até que a Comissão decida sobre uma eventual isenção ao abrigo do art. 81, nº 3, do TCE. Mas, até então, não havia causa de pedir no direito comunitário para tais ações. Isto mudou em setembro de 2001, quando o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apresentou seus fundamentos no caso *Courage vs. Crehan*³⁶. O Tribunal destacou que o efeito prático da proibição de acordos restritivos, prevista no art. 81, nº 1, “seria colocado em risco se não fosse possibilitado a qualquer pessoa pleitear indenização pelos prejuízos sofridos em razão de um contrato ou de uma conduta responsável pela restrição ou distorção da concorrência”³⁷. Na visão do Tribunal, “ações de indenização perante os tribunais nacionais podem dar uma contribuição significativa para a manutenção da concorrência efetiva na Comunidade”³⁸. No entanto, “na ausência de normas comunitárias regulamentando a matéria”, o Tribunal endereçou tais demandas ao sistema jurídico interno dos respectivos Estados-membros³⁹.

Notas:

- 35 Proposta da Comissão para um Regulamento do Conselho sobre implementação das normas da concorrência previstas nos arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia e Regulamentos Complementares nºs 1.017/1968, 2.988/1974, 4.056/1986 e 3.975/1987 (Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty), COM (2000) 582 final. 19.12.2000, p. 6.
 36 Caso C-453/99, *Courage Ltda. vs. Crehan*. 2001 E.C.R. I-6297.
 37 *Idem*, § 26 da decisão.
 38 *Idem*, § 27 da decisão.
 39 *Idem*, § 29 da decisão.

A referência explícita à ausência de regras comunitárias foi imediatamente compreendida pela Comissão. Esta encomendou uma abrangente pesquisa comparativa junto ao escritório internacional de advocacia Ashurst; o respectivo relatório foi publicado no *website* da Direção Geral da Concorrência em 2004⁴⁰. Posteriormente, a Comissão convocou um grupo de peritos, constituído por cinco juizes e eruditos, para apresentarem sugestões sobre as diferentes questões levantadas pela execução privada⁴¹. O Livro Verde resultante sobre o assunto foi publicado em dezembro de 2005⁴².

Notas:

- 40 WAELBROECK/SLATER/EVEN-SHOSHAN (Ashurst). Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules. Disponível em:
 <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/studies/comparative_report_clean_en.pdf>.
 41 Os membros do grupo foram Professor Walter Van Gerven (Bélgica), Procurador do Tribunal de Justiça, como presidente, Jürgen Basedow, autor do presente artigo, Christopher Bellamy (Reino Unido), Presidente do Tribunal Recursal da Concorrência Britânico, Carole Champalaune (França), Juíza da Suprema Corte Francesa, e Professor Robert Mok (Holanda).
 42 Livro Verde da Comissão sobre de ações de indenização pela violação das normas comunitárias antitruste, nota 3 acima, COM (2005) 672 final, 19.12.2005. Para uma avaliação do Livro Verde, veja-se BASEDOW, Jürgen (ed.). *Private Enforcement of EC Competition Law*. 2007.

Disto resulta que a legislação, neste tocante, não se desenvolveu no mesmo grau que já se desenvolveram as questões da descentralização e da abordagem mais econômica. Portanto, é demasiado cedo para se adentrar em detalhes. Mas vale a pena levantar algumas questões que podem ajudar a fomentar a compreensão das consideráveis dificuldades da execução privada. Dada à coexistência dos arts. 81 e 82, por um lado, e do direito nacional da concorrência, por outro, a Comissão deve esclarecer a relação entre os direitos comunitário e nacional. Por conseguinte, a Comissão terá de decidir se a aproximação das legislações nacionais ou se a criação de um regime uniforme de responsabilidades é apropriada. Como o direito comunitário será de alguma forma embutido no direito privado nacional, será importante saber qual a legislação nacional que deve complementar um instrumento comunitário. Esta questão de direito internacional privado terá de ser respondida em vista da proposta de um Regulamento Roma II⁴³ sobre lei aplicável às obrigações extracontratuais, que será aprovado e promulgado em breve*.

- 43 Proposta da Comissão para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre lei aplicável a obrigações extracontratuais (Roma II). COM (2003) 427 final. 22 jul. 2003; Proposta emendada pela Comissão para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre lei aplicável a obrigações extracontratuais (Roma II). COM (2006) 83 final. 21 fev. 2006. Para uma avaliação da proposta de 2003 em geral, veja-se von Hein, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts – Zur geplanten EU-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht,

ZVglRWiss 102 (2003) 528; para subsídios específicos sobre aplicação privada do direito comunitário da concorrência, veja-se HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 67 (2003) 1 (18 e seguintes); veja-se, também, BULST, *Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht*, EWS 2004, 403 (408).

* N.T. O Regulamento nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (denominado de Roma II) foi aprovado e promulgado após a redação original deste artigo. Está publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 31 de julho de 2007 (L 199/40).

Uma outra questão fundamental diz respeito ao tipo de ação que deverá ser concedida às vítimas de um cartel: devem as empresas envolvidas em comportamentos anticoncorrenciais serem obrigadas à restituição da renda obtida com o cartel, como uma forma de enriquecimento ilícito? Ou devem as vítimas ter o direito de pleitear indenizações para compensar seus prejuízos? A mais importante questão que se coloca, neste contexto, relaciona-se com a chamada defesa de repasse dos membros do cartel⁴⁴. Se as vítimas não sofreram qualquer prejuízo, porque elas foram capazes de repassar os respectivos custos para seus clientes, tal deve obstar suas demandas? Nesse caso, caberia a estes clientes do mercado, e talvez até aos consumidores finais, a pretensão de indenização contra as empresas envolvidas nas práticas anticoncorrenciais. Como as perdas se dissipam na medida em que as mercadorias são comercializadas, tais perdas se tornam cada vez menores e a experiência evidencia que os consumidores finais não têm incentivos suficientes para ajuizarem ações de indenização. Se a argumentação do Tribunal de Justiça para a plena eficácia do art. 81 deva ser levada a sério, o direito deve, por conseqüência, permitir uma certa forma de reunião de pequenas pretensões em uma ação popular ou em um outro tipo de ação coletiva. Outras questões poderiam dizer respeito ao alívio do dever de produzir prova, aos juros sobre a indenização devidos pelos membros do cartel e a incentivos adicionais que os potenciais demandantes teriam de receber para ajuizar a ação, ou seja, eventualmente, ao reconhecimento de indenizações em valores correspondentes ao dobro ou ao triplo dos danos sofridos.

Nota:

44 Veja-se, por exemplo, ROTH, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, v. 3, § 33 GWB, § 143 e seguintes.

É minha impressão que a Comissão está, impacientemente, pressionando a evolução desta questão, como já o fez nos outros aspectos antes mencionados. O Livro Verde baseia-se em minuciosa investigação sobre os antecedentes dos direitos comunitário e comparativo. Mas é incerto se todos os conceitos e as opções estão bem pensados. Neste, como em outros campos, certa tendência da política comunitária torna-se visível: a que dá maior peso à implementação de uma nova política do que a uma investigação exaustiva sobre as suas conseqüências. A Comunidade deve evitar a implementação prematura de outro conceito inacabado. Cabe agora ao público europeu submeter o Livro Verde a um exame minucioso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASEDOW, Jürgen (ed.). *Private enforcement of EC Competition Law*. 2007.

BÖGE, Ulf. Der "more economic approach" und die deutsche Wettbewerbspolitik, *WuW* 2004, p. 727

BULST. *Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht*. EWS 2004, p. 403.

BUNDESKARTELLAMT, Arbeitskreis Kartellrecht. *Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?, Konzepte für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen*. 2001. (documento)

CHRISTIANSEN, Arndt. Die "Ökonomisierung" der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen? *WuW* 2005, p. 285

HAMBURG Group for Private International Law. Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 67 (2003) 1.

HILDEBRAND, Doris. Der more economic approach in der Wettbewerbspolitik – Dynamic und Ausblick. *WuW* 2005, p. 513.

IMMENGA. Immenga/Mestmäcker, *EG-Wettbewerbsrecht*, v. I (1997). Art. 2 FKVO.

MESTMÄCKER/SCHWEITZER. *Europäisches Wettbewerbsrecht*. 2. ed. 2004. § 25.

RÖSLER. *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*. v. 6. Art. 2 FKVO.

ROTH. *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, V. 3, § 33 GWB.

SCHMIDT, K. Immenga/Mestmäcker, *EG-Wettbewerbsrecht*, v. I (1997). Art. 85.

SCHRÖTER. Von der Groeben/Schwarze (eds.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – Kommentar*, 6. ed. 2003, Art. 81 EC.

von HEIN. Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts – Zur geplanten EU-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *ZVglRWiss* 102 (2003) 528.

WALBROECK, Denis; SLATER, Donald; EVEN-SHOSHAN, Gil (Ashurst). Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/studies/comparative_report_clean_en.pdf>.

ZEISE. Schulte (ed.), Handbuch der Fusionskontrolle (2005). para. 1282 e seguintes.