



Universidade do Porto

Faculdade de Direito

Gabriela Faria Mendes

As infrações por objeto e por efeito no Direito da Concorrência

Mestrado (2º ciclo de estudos) em Direito

Ciências Jurídico-Económicas

Professor Doutor José António do Carmo da Silva Sá dos Reis

Porto, 2019

Resumo

O presente trabalho tem o intuito de analisar a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em especial do seu nº 1, e a distinção dos conceitos de “objeto” e “efeito”. Ademais, serão expostos casos concretos que subsidiaram todo o conteúdo exposto. Neste trabalho será, também, discorrido em quais circunstâncias serão atribuídas isenções, nos moldes do nº 3 do referido artigo, às empresas que tenham infringido o dispositivo em apreço. Por fim, o presente trabalho, esclarecerá no que consiste o abuso de posição dominante, disposto no artigo 102º do TFUE, e como vem sendo analisado pelos Tribunais, à luz dos conceitos de comportamento abusivo por natureza e por efeito.

Abstract

The purpose of this paper is to examine the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), in particular paragraph 1, and the distinction between the concepts of "object" and "effect". In addition, concrete cases will be exposed that subsidized all the exposed content. This work will also discuss under what circumstances exemptions under paragraph 3 of the said article will be granted to companies that have infringed the provision in question. Finally, this paper will shed light on the abuse of a dominant position, as provided for in Article 102 TFEU, and how it has been analyzed by the Courts, in the light of the concepts of abusive behavior by nature and effect.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO.....	3
II.	A INFLUÊNCIA NORTE AMERICANA NA POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA.....	5
III.	AS INFRAÇÕES DO ARTIGO 101º DO TFUE.....	7
	III.1. Infrações por objeto.....	8
	III.1.1. Através de acordos.....	8
	III.1.2. Através de práticas concertadas.....	16
	III.1.3. O “de minimis notice” e o caso Expedia	20
	III.2. Infrações por efeito.....	29
IV.	DAS ISENÇÕES À PROIBIÇÃO DO ARTIGO 101º DO TFUE.....	33
V.	ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	37
VI.	CONCLUSÃO.....	42
	BIBLIOGRAFIA.....	44

I. INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 101^{o1} do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) - antigo artigo 81^o do Tratado Comunidade Europeia e mais antigo, ainda, 85^o do Tratado da Comunidade Económica Europeia - fica proibido qualquer tipo de acordo entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e práticas concertadas que tenham como "*objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*".²

A finalidade clara do artigo em questão é impedir a prática de actividades anticoncorrenciais, promovendo, desse modo, a integração económica do mercado europeu. Isso porque, não restam dúvidas que práticas anticoncorrenciais, como, por exemplo, a restrição de preços, comprometem o mercado, devendo ser combatidas.³

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através de alguns julgamentos, como, por exemplo, no caso do T-Mobile⁴, Consten e Grunding⁵, John Deere⁶ - a serem melhor comentados mais adiante no presente estudo - expôs o entendimento de que objeto e efeito são categorias de infração que se diferem entre si.

A violação por objeto se dá quando determinada prática de uma empresa, *per se*, é prejudicial à concorrência do mercado.⁷ Se o TJUE constatar que as práticas das empresas não objetivaram prejudicar a concorrência, será, então, promovida uma investigação mais

¹ A partir de 1 de Dezembro de 2009, o artigo 81^o do Tratado CE passou a ser o artigo 101^o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Os dois artigos são substancialmente idênticos.

² Artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 26.10.2012 (C 326), a seguir denominado TFUE.

³ "Object and Effect". Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 4 de Junho de 2009, processo C-8/08. EU:C:2009:343. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=617392>, acedido em 30 de junho de 2019.

⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de julho de 1966, processos 56/64 e 58/64, Consten and Grundig v. Comissão da Comunidade Económica Europeia. EU:C:1966:41. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87321&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8581969>, acedido em 30 de junho de 2019.

⁶ Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 28 de Maio de 1998, processo C-7/95. John Deere Ltd v. Comissão da Comunidade Europeia. EU:C:1998:256. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43895&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488082>, acedido em 30 de junho de 2019.

⁷ Ibidem, parágrafo 29.

aprofundada dos elementos fácticos, as implicações geradas no mercado e possíveis consequências económicas.⁸ Deve-se ter em mente que, caso se identifique uma infração por objeto, não será necessário analisar os efeitos da ação no mercado.⁹

Assim, percebe-se que determinadas empresas, eventualmente, podem infringir o disposto no artigo 101º por objeto - quando o acordo ou a prática concertada por si só viola a concorrência - ou por efeito - quando o ajuste produzir reações anticoncorrenciais no mercado.

Cumpra destacar, que a jurisprudência antiga muito se utilizou da ideia de infração por objeto, sendo um significativo número de processos julgados sem que, ao menos, fosse aprofundada a infração.¹⁰

Nos capítulos a seguir, também será observada a hipótese de concessão de isenção à proibição disposta no nº 1 o artigo 101º (TFUE), com base no nº 3 do mesmo artigo.

Serão, ainda, expostos os principais entendimentos do TJUE acerca do abuso de posição dominante, disposto no artigo 102º, sendo certo que tais condutas poderão ser consideradas abusivas por natureza ou por efeito, conforme ocorre nas infrações do artigo 101º do TFUE.

Desse modo, pode-se dizer que o intuito do presente estudo é proporcionar maior compreensão sobre os dois tipos de restrição da concorrência (por objeto e por efeito), bem como das isenções eventualmente atribuídas à proibição de cartel e, ainda, como o abuso de posição dominante atrai os conceitos em apreço, trazendo, não somente o entendimento atual do TJUE, como também a evolução da jurisprudência acerca do tema.

⁸ GINEVRA BRUZZONE E SARA CAPOZZI. “Restrictions by object in the case law of the Court of Justice: in search of a systematic approach”, p. 3. Publicado em 24 de março de 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753521/, acessado em 15 de junho de 2018.

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 4 de junho de 2009, processo C-8/08, parágrafo 30. T-Mobile. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=617392>, acessado em 15 de junho de 2018.

¹⁰ GINEVRA BRUZZONE E SARA CAPOZZI. “Restrictions by object in the case law of the Court of Justice: in search of a systematic approach”, p. 4. Publicado em 24 de março de 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753521/, acessado em 15 de junho de 2018.

II. A INFLUÊNCIA NORTE AMERICANA NA POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA

Antes de adentrarmos na exploração das situações que poderão proporcionar a restrição ou o prejuízo à competitividade, faz-se necessário tecer algumas breves considerações acerca do Direito da Concorrência, em especial, da influência norte americana nesse aspecto.

Pela ótica da economia, a concorrência pode ser conceituada como uma circunstância que propicia o lucro em um mercado, cujos produtores, fornecedores, distribuidores e vendedores de um determinado ramo, de forma independente, atuam diante dos consumidores, objetivando concretizar um negócio¹¹ que, neste estudo, está inserido no conceito de relação jurídica.

A concorrência dá dinamismo ao mercado, fomentando o investimento, a inovação, aumentando a qualidade e diversidade de produtos e serviços. Em um mercado concorrencial, os agentes econômicos têm seus interesses preservados de maneira isonômica.

Assim, compete ao Direito da Concorrência estabelecer os limites máximos de concentração, objetivando a proteção da liberdade empresarial e dos consumidores, defendendo a liberdade do mercado e promovendo a distribuição da riqueza.¹²

Atualmente, os Estados Unidos são considerados a principal nação de combate às práticas anti-competitivas, podendo-se dizer que sua legislação e toda a sua organização institucional inspiram outras nações em matéria de política antitruste.

Os principais normativos norte americanos de combate às práticas restritivas da concorrência são: a Lei Sherman (1890), a Lei Federal da Comissão de Comércio, que criou a Federal Trade Commission, e a Lei Clayton.¹³

¹¹ ALMEIDA, Álvaro; Economia Aplicada para Gestores. Cadernos IESF, Espaço Atlântico, 2007.

¹² MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência. AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 124 a 129.

¹³ GUIDE ANTITRUST. Federal Trade Commission. Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>, acessado em 09/10/2019.

A Seção 1 da Lei Sherman proíbe "*Todo contrato, combinação na forma de confiança ou de outra forma, ou conspiração, em restrição ao comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal*".¹⁴

A análise de tais restrições ao comércio é realizada pelos Tribunais norte-americanos, à luz de três principais abordagens: (i) a regra *per se*; (ii) a regra da razão (*rule of reason*); e (iii) o chamado *quick look*.

As condutas consideradas restritivas pela regra *per se*, são aquelas que sempre (ou quase sempre) são intrinsecamente prejudiciais à competitividade, de modo a dispensar maiores investigações quanto a seus efeitos no mercado.¹⁵

Não se enquadrando na regra *per se*, o contrato, combinação ou conspiração que restringe injustificadamente o comércio é, via de regra, analisado sob o chamado *rule of reason test*, que envolve a análise completa (i) do produto e mercado geográfico relevante, (ii) do poder de mercado das empresas envolvidas (iii) e da existência de efeitos anticoncorrenciais.¹⁶

Destaque-se que essas duas abordagens serão também observadas mais adiante no presente estudo, quando na análise das infrações à concorrência no Direito Europeu.

Já o *quick look*, pode-se dizer que é uma versão abreviada da regra da razão, uma vez que o Tribunal, ultrapassando a análise mais aprofundada do mercado e dos efeitos anticoncorrenciais, se contenta apenas com a demonstração de alguma forma de prejuízo ao mercado. Essa análise rápida é aplicada, normalmente, quando um acordo, apesar de não configurar uma ilegalidade, indica uma grande probabilidade de produzir efeitos anticoncorrenciais.¹⁷

¹⁴ SHERMAN ACT. Department of Justice. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/appendix-e-united-states-code>, acessado em 09/10/2019.

¹⁵ Decisão da Suprema Corte dos EUA, de 06/05/1940. Estados Unidos v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 US 150 (1940). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/150/>, acessado em 09/10/2019.

¹⁶ Decisão da Suprema Corte dos EUA, de 23/06/1977. Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 US 36 (1977). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>, acessado em 09/10/2019.

¹⁷ Decisão da Suprema Corte dos EUA, de 02/06/1986. FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 US 447 (1986). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/>, acessado em 09/10/2019.

A seguir passaremos a analisar como a União Europeia vem aplicando a política antitruste, de modo a propiciar um âmbito favorável à livre concorrência.¹⁸

III. AS INFRAÇÕES DO ARTIGO 101º DO TFUE

Conforme esposado no capítulo anterior, as regras de concorrência têm como objetivo fundamental assegurar que a competitividade não seja falseada, de modo a favorecer à liberdade e dinamismo do mercado interno, visando sempre ao bem estar económico geral.

Nesse esteio, o TFUE, em seu artigo 101º estabelece uma proibição genérica de acordos, decisões ou práticas concertadas que se enquadrem nos requisitos dispostos no nº 1 do referido artigo, considerando-os nulos (nº 2), bem como estabelecendo os casos nos quais a regra de proibição poderá ser afastada (nº 3)¹⁹.

¹⁸ “A livre concorrência disciplina os ofertantes de bens e serviços de forma a manterem os seus preços nos menores níveis possíveis, sob o risco de que outras empresas conquistem seus clientes. Em tal ambiente, a única maneira de obter lucros adicionais é a introdução de novas formas de produzir que reduzam custos em relação aos concorrentes. Além disso, as empresas atuantes em um mercado de livre concorrência tendem a ficar afinadas com os desejos e expectativas dos consumidores, porque estão permanentemente ameaçadas por produtos de qualidade superior ou por novos produtos. Portanto, a livre concorrência, além de garantir os menores preços para o consumidor e maior leque de escolha de produtos, também estimula a criatividade e a inovação. Nas economias de mercado, baseadas na livre concorrência, os preços refletem a escassez relativa de bens e serviços e sinalizam a necessidade de investimentos e a melhor aplicação dos recursos da sociedade.”

(Guia Prático do CADE - Defesa da Concorrência no Brasil. 3ª edição revista, ampliada e bilíngüe. Coleção CIEE, p. 9)

¹⁹ Artigo 101º (ex-artigo 81º TCE)

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

- a) Fixar, de forma direta ou 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 equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

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

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

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

Como se depreende do artigo 101º, consideram-se nulos todos os ajustes entre empresas que sejam suscetíveis de distorcer a concorrência e afectar o comércio entre os Estados-Membros.

Entretanto, aqueles acordos que proporcionem a melhora da produção ou da distribuição dos produtos ou, ainda, promova o progresso técnico ou económico podem ser isentos da proibição contida no art. 101º do TFUE, desde que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro resultante de tais ajustes e que imponham às empresas em causa quaisquer restrições dispensáveis à consecução desses objetivos, bem como não possibilite que tais empresas eliminem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

III.1 - INFRAÇÕES POR OBJETO

III.1.1 - ATRAVÉS DE ACORDOS

Alguns acordos podem ser considerados anticoncorrenciais *per se*, ou seja, por sua própria natureza, com fulcro no nº 1 do artigo 101º do TFUE. A matéria em apreço foi examinada algumas vezes pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual, no ano de 1966, publicou duas decisões muito significativas quanto à interpretação e aplicação do artigo.

O primeiro acórdão que se pode destacar foi proferido em 30 de junho de 1966, no caso *Société Technique Minière*²⁰, através do qual o TJUE, ao ser instado a se manifestar sobre a interpretação do nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE e dos regulamentos adoptados em sua aplicação, expôs que para se considerar um acordo restritivo por objeto, faz-se necessário observar a finalidade do ajuste dentro do contexto económico onde se insere, bem como o

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

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

²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1966. Processo nº C-56/65. *Société Technique Minière* (L.T.M.) contra *Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0056&from=en>, acedido em 15 de junho de 2018.

cenário contratual, a natureza e a quantidade dos produtos e, ainda, a posição dos pactuantes no mercado.

No referido acórdão o TJUE entendeu que a proibição do artigo 85º, nº 1, do CEE recai sobre acordo celebrado entre empresas, sem distinguir a posição das partes no processo económico - se na mesma fase (acordos horizontais) ou em fases diferentes (acordos verticais) -, destacando que qualquer contrato que contenha cláusula que atribui um direito exclusivo de venda pode incorrer nesta condição.

Relativamente ao campo de aplicação da proibição em referência, o TJUE entendeu que o acordo deve, ainda, ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. Isso porque, no entendimento daquele Tribunal, ajustes incompatíveis com o mercado comum estão relacionados à possibilidade de um entrave à realização de um mercado único.

Assim, a proibição contida no artigo 85º, à luz do raciocínio exposto naquele momento pelo TJUE, abrange acordos que, alterando a concorrência, possam afectar o comércio entre Estados-membros, enquanto que, no caso contrário - quando não interferem no comércio -, apesar de restringirem a concorrência, não serão alcançadas pela proibição.

Além disso, o TJUE estabeleceu pontos essenciais a serem observados no acordo para enquadrá-los na hipótese acima descrita, como, por exemplo, a influenciabilidade dos mesmos - seja de forma directa ou indirecta, actual ou potencial - no mercado comercial dos Estados-membros.

Outrossim, o Tribunal no acórdão em comento destacou que para ser abrangido pela proibição em apreço o acordo deve ter por objetivo ou efeito o impedimento, a restrição ou o falseamento da concorrência no mercado comum, sendo tais requisitos alternativos, de modo a considerar o objeto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se insere, o qual deverá revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência. Caso essa situação não se verifique, deverá ser examinado, então, os efeitos do acordo, devendo ser apreciado se a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada.

Outro ponto abordado pelo referido acórdão diz respeito à possibilidade de determinado acordo ser necessário para fazer com que determinada empresa penetre numa zona que até então não operava.

Contudo, tal questão não foi exaurida, servindo tão somente para se concluir que *“para apreciar se um contrato que contém uma cláusula que «atribui um direito exclusivo de venda» se deve considerar proibido por causa do seu objectivo ou do seu efeito, há que tomar em consideração, designadamente, a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objecto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo controvertido ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos, o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas”*.

Passados alguns dias, o TJUE, novamente se debruçou sobre a matéria, quando do julgamento do caso Consten e Grundig. À época, o TJUE considerou que as empresas envolvidas no acordo violaram o então artigo 85º (hoje artigo 101º), uma vez que tinham o objetivo de prejudicar a concorrência, quando passaram a delimitar quais distribuidores poderiam vender o produto, bem como a maneira que tais produtos poderiam ser importados e exportados. Haja vista que esse ajuste tinha o objetivo de restringir a concorrência, não haveria necessidade de examinar os efeitos do mesmo sobre o mercado.

O caso em apreço foi analisado e julgado devido à disputa concorrencial provocada pela divisão geográfica promovida por uma empresa alemã, de grande influência no mercado de aparelhos eletrônicos - predominantemente rádio e televisores -, denominada Grundig.

Conforme se infere do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de julho de 1966²¹, a Grundig assinava com as suas revendedoras acordos de exclusividade e, em contrapartida,

²¹Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de julho de 1966, processos 56/64 e 58/64, Consten and Grundig v. Comissão da Comunidade Económica Europeia. EU:C:1966:41. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87321&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8581969>, acedido em 30 de junho de 2019.

impedia que outros interessados importassem ou revendessem os aparelhos em localidade monitorada por revendedora exclusiva.

A referida prática foi objeto de decisão da Comissão²² no sentido de haver violação ao então artigo 85º do Tratado CEE (hoje artigo 101º do TFUE), uma vez que considerou que as empresas Grundig e a Consten (francesa) tentaram restringir a concorrência.

Através do acordo entre as duas empresas ficou consentido que a Consten registrasse na França a marca GINT de produtos da alemã Grundig, no intuito de impedir que outros importadores levassem ao país o mesmo artigo.

Irresignadas, as duas empresas recorreram da decisão da Comissão, mas sem sucesso, pois Tribunal de Luxemburgo, acompanhando o entendimento da Comissão, considerou ilegal o acordo entre as empresas, desfazendo o registro da marca GINT na França pela Consten, uma vez que tal ajuste de exclusividade viabilizaria que a Consten praticasse preços a sua escolha, ensejando prejuízos ao mercado em um todo, principalmente, aos consumidores finais.

Naquela oportunidade o TJUE tornou explícito que a verificação dos efeitos concretos de um acordo, que tenha o objetivo evidente de restringir, impedir ou falsear a concorrência, é supérflua²³.

Assim, diante destes dois casos - *Société Technique Minière e Consten e Grundig* -, observa-se que a jurisprudência, em meados de 66, forneceu orientações significativas quanto

²² *Idem.*

²³ “Portanto, a ausência, na decisão recorrida, de qualquer análise dos efeitos do acordo no plano da concorrência entre produtos similares de diferentes marcas não pode constituir, por si só, um vício da decisão. (...)

Assim, o acordo que pretende isolar o mercado francês dos produtos Grundig e manter artificialmente, para os produtos de uma marca muito difundida, mercados nacionais distintos no seio da Comunidade é susceptível de falsear a concorrência no mercado comum.

*Portanto, foi justamente que a decisão recorrida considerou que o acordo constitui uma infracção ao artigo 85º, nº 1, não podendo todas as considerações posteriores, tanto relativas a dados económicos (diferenças de preços entre a França e a Alemanha, carácter representativo do tipo de aparelho em causa, nível dos custos suportados pela Consten) como à exactidão dos critérios em que a Comissão se baseou nas suas comparações entre a situação dos mercados francês e alemão, bem como a eventuais efeitos favoráveis do acordo noutros aspectos, implicar de forma alguma, em presença das restrições acima referidas, uma solução diferente no âmbito do artigo 85.º, n.º 1.” (Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de julho de 1966, processos 56/64 e 58/64, *Consten and Grundig v. Comissão da Comunidade Económica Europeia*. EU:C:1966:41. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87321&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8581969>, acedido em 30 de junho de 2019)*

às infrações por objeto que, ao longo do tempo, foram muito utilizadas pelas autoridades da concorrência.²⁴

Cumpre-nos ressaltar, ainda, que em novembro de 2017, no caso Allianz-Hungaria, o TJUE, quando da verificação da ocorrência de infração por objeto, analisou, dentre outros aspectos, os efeitos económicos no mercado causados pelo acordo, concluindo que o objeto do pacto apresentava impacto prejudicial à concorrência.²⁵

A análise do caso em referência recaiu sobre a possibilidade de serem restritivos por objeto acordos através dos quais sociedades de seguro automóvel acordam bilateralmente, quer com concessionários de automóveis que atuam como oficinas de reparação, quer com uma associação que os representa, o preço por hora a pagar pela seguradora para a reparação de veículos por si segurados, prevendo que esse preço depende, entre outros, do número e da percentagem de contratos de seguro que o concessionário tiver angariado como intermediário dessa seguradora.

A empresas interessadas, Allianz e a Generali, consideram que tais acordos não constituem uma restrição por objeto e que, portanto, só podem ser considerados prejudiciais ao artigo 101º, nº 1, se ficar demonstrado que efetivamente podem restringir a concorrência.

Já o Governo húngaro e a Comissão consideram que os acordos são sim restritivos por objeto, enquanto que o Órgão de Fiscalização da EFTA entende que depende do grau de nocividade à concorrência, o qual deve ser apreciado pelo órgão jurisdicional de reenvio.

Ao analisar tais posicionamentos o TJUE relembrou parte do acórdão no caso *Société Technique Minière*, quanto ao carácter alternativo das condições dispostas no artigo 101º, nº 1, do TFUE, ressaltando que quando o objetivo anticoncorrencial de um acordo fique provado, não há que verificar os seus efeitos na concorrência, mas no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, haverá, então, que

²⁴ BERNADETTE ZELGER. “By object” restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in *Expedia*?”. Publicado em 28 de novembro de 2017. *European Competition Journal*. Vol. 13, 2017. Ed. 2-3.

²⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 14 de março de 2013. Processo nº C-32/11. EU:C:2013:160. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135021&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=715949>, acedido em 15 de junho de 2018.

se examinar se os seus efeitos impedem, restringem ou falseiam de modo sensível a concorrência.

O Tribunal, ainda, destacou que determinadas formas de conluio entre empresas, independentemente da intenção das partes, podem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência, devendo ser observado nesse caso o teor das suas disposições, os objetivos que visa atingir, bem como o contexto económico e jurídico em que se insere, além da natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa.

Após adentrar no mérito do caso apreciado, o TJUE concluiu que haverá infração do artigo 101º, nº 1, TFUE se, *“na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objetivo desses acordos assim como do contexto económico e jurídico no qual se inserem, se verificar que os mesmos são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência num dos dois mercados em causa”*.

Aparentemente, ao considerar os efeitos económicos do acordo, o TJUE no caso acima mencionado vai de encontro ao que foi exposto no caso Consten e Grunding.

Entretanto, deve-se destacar que, à exceção do caso Allianz-Hungaria, efeitos económicos não são considerados quando da análise da ocorrência de uma infração por objeto.

26

Diante de todos os apontamentos expostos, percebe-se que o TJUE vem reiteradamente destacando a dicotomia objetivo-efeito. Entretanto, a nosso sentir, também é plausível o entendimento de parte da doutrina que considera as classificações de infrações - por objeto e por efeito - interdependentes.

Isso porque, quando se estabelece que uma infração tem o objetivo de restringir a competitividade, presume-se que já houve uma análise prévia quanto à nocividade de tais ações, ou seja, em algum momento já foi verificado que determinados acordos ou práticas, de fato, produzem efeitos prejudiciais à concorrência.

²⁶ “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/>, acedido em 15 de junho de 2018.

Em outras palavras, pode-se dizer que o objetivo de prejudicar a concorrência traz em si mesmo um risco ao mercado, uma vez que é capaz de gerar efeitos restritivos.²⁷

Nesse passo, alinhamos com o posicionamento da Comissão no sentido de competir às empresas o ónus de comprovar que determinados acordos não possuem o intuito de restringir a concorrência, em vez de competir à Comissão o encargo de sempre comprovar os efeitos de determinadas práticas/acordos.

Importante frisar que esse posicionamento diz respeito à hipótese em que, de fato, houve um objetivo inicial do acordo em restringir a concorrência, ou seja, quando estivermos diante de uma infração por objeto, a qual dispensa, em tese, a análise dos efeitos.

A fim de robustecer ainda mais a noção de infrações por objeto, cabe trazer à lume o entendimento exposto, muito recentemente, pelo Advogado-geral Michal Bobek, no caso *Budapest Bank*²⁸.

O caso em apreço é bastante semelhante ao caso *Cartes Bancaires*²⁹, uma vez que se refere-se à taxa de intercâmbio multilateral, quando da emissão de cartão de crédito, ou melhor dizendo, do valor pago pelo banco do titular do cartão (banco adquirente) ao banco do comerciante (banco emissor).

O AG Bobek em suas conclusões enfrentou, basicamente dois pontos principais: (i) se a mesma conduta pode configurar uma infração por objeto e por efeito e (ii) as condições em que um contrato pode incorrer em uma infração por objeto.

Relativamente à primeira questão, o AG Bobek, assim como o TJUE em *Cartes Bancaires*, observou que, configurada a hipótese de restrição por objeto, pode-se presumir os efeitos concorrenciais de determinado acordo, sendo redundante provar tais efeitos no mercado,

²⁷ MORAIS, Luís D. S., *Os Conceitos De Objeto e Efeito Restritivos Da Concorrência e a Prescrição de Infrações de Concorrência*, Edições Almedina, Coimbra, 2009, p. 29.

²⁸ Conclusões do Advogado-geral Michal Bobek, apresentadas em 5 de setembro de 2019. *Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. e outros*. Processo C- 228/18. EU:C:2019:678. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217497&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11879645>, acessado em 09/10/2019.

²⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de setembro de 2014. *Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comissão Europeia*. Processo C- 67/13 P. EU:C:2014:2204. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0067>, acessado em 09/10/2019.

uma vez que “*a experiência mostra que esse comportamento leva queda de produção e aumento de preços*”.

Entretanto, ambos deixam claro que a definição de uma infração por objeto não dá azo a imprecisões, muito pelo contrário, tal conceito deve ser interpretado de forma mais restritiva.

Ocorre que o AG Bobek em suas conclusões foi mais além e, possivelmente, esclareceu a dúvida que muitos possuem quando tentam avaliar se uma conduta configura uma infração por objeto.

Infere-se da referida manifestação do AG, que a constatação de eventual restrição da concorrência por objeto requer uma análise de forma bipartida: primeiramente, deve-se analisar se o acordo está inserido em uma categoria de natureza nociva - baseado na experiência; depois, avaliar o contexto jurídico-econômico de tal acordo, considerando a natureza dos bens ou serviços em questão, o funcionamento e a estrutura dos mercados.

Frise-se que, essa segunda etapa é essencial, uma vez que previne avaliações distantes da realidade, o que, eventualmente, ocasionaria a proibição de acordos neutros ou mesmo pró-competitivos.

Ademais, o AG Bobek ressalta que a verificação de tais elementos não ensejaria a análise dos efeitos, propriamente dita, uma vez que tão somente afasta qualquer dúvida quanto à “*natureza prejudicial do acordo*”.

Esse é um ponto, a nosso sentir, extremamente sensível, uma vez que requer o estabelecimento de uma linha tênue entre a “*verificação básica da realidade*” e a análise dos efeitos de um acordo.

Para delimitar de forma mais clara e precisa a questão, o AG Michal Bobek destaca que o importante a ser verificado é se “*existem circunstâncias de facto ou de direito que impeçam o acordo ou a prática em causa de restringir a concorrência*” e completa de forma metafórica:

“*(...) se parece peixe e cheira a peixe, é de supor que se trata de um peixe. Salvo se, à primeira vista, houver algo de estranho a respeito desse peixe em especial, como por exemplo se não tiver barbatanas, ou então flutuar no ar ou cheirar a lírio, não será necessário fazer*

uma dissecação ao pormenor desse peixe para o qualificar como tal. Se, no entanto, houver algo fora do comum quanto ao peixe em questão, o mesmo pode, ainda assim, ser classificado como tal, mas só após um exame rigoroso da referida criatura.”

Observa-se, assim, que cada vez mais tem-se evoluído para uma interpretação mais restritiva do conceito de objeto, propiciando uma política antitruste mais concisa, sem que isso importe em prejuízo à defesa e ao contraditório.

III.1.2 - ATRAVÉS DE PRÁTICAS CONCERTADAS

Embora o artigo 101, nº 1, faça a distinção entre acordos, decisões de associação de empresas e práticas concertadas, fica claro que a intenção do artigo é evitar que qualquer tipo de coordenação entre empresas que, mesmo sem se ter celebrado um pacto propriamente dito, atuam de forma coordenada em prejuízo à concorrência.

A prática concertada não se caracteriza como um ajuste estabelecido entre empresas, mas sim como uma conjugação de ações que se combinam. Apesar de não ser possível caracterizar uma prática como concertada tão somente pelo fato de as partes envolvidas estarem agindo de maneira semelhante, sua observância pode ser indício de que se está diante de uma concertação, quando considerado que os atos praticados fogem à conjuntura normal do mercado.

Quando o caso envolve a restrição da concorrência - por objeto - através de práticas concertadas, a jurisprudência do TJUE não se manifesta de forma tão sólida quanto a jurisprudência acerca de acordos por objeto³⁰. Pode-se citar, neste sentido, o caso ICI v. Comissão³¹, no qual, o TJUE, em 14 de julho de 1972 analisou um pedido de anulação da decisão da Comissão de 24 de Julho de 1969, acerca de um procedimento relativo ao artigo 85º

³⁰ Idem.

³¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, processo 48/69. ICI v. Comissão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=DE> , acedido em 15 de junho de 2018..

do Tratado CEE. A referida decisão considerou que, por não haver acordo de elevação dos preços dos produtos, a análise recairia sobre as práticas concertadas.

Isso porque o Tribunal considerou que não seria plausível que, sem uma combinação prévia, os principais produtores que atuam no mercado tenham, por diversas vezes, em mesmo momento, utilizado a mesma percentagem de aumento dos preços dos mesmos produtos.

Segundo entendimento da Comissão, para haver concertação, não seria necessário que os interessados estabelecessem um comportamento comum às partes, mas tão somente que se comunicassem previamente da atitude idêntica que têm a intenção de adoptar, de modo que cada um possa agir de maneira semelhante aos seus concorrentes.

O Tribunal observou que, de fato, os preços dos produtos vinham, até os sucessivos aumentos, demonstrando uma tendência constante para diminuir, devido à enorme concorrência entre produtores daquele mercado. Até então, o aumento dos valores resultavam do *price-leadership* de determinada empresa.

Contudo, em algumas reuniões ocorridas nos anos de 1964, 1965 e 1967, produtores anunciaram que aumentariam os preços, indicando porcentagem e data para tais aumentos, vindo a ser acompanhados pelos concorrentes. Ou seja, diante desses anúncios prévios, as diferentes empresas eliminaram entre si qualquer dúvida quanto ao comportamento futuro, dando fim ao eventual risco inerente à decisões deste tipo em qualquer mercado.

Assim, o Tribunal entendeu que, diante da actuação concertada de tais empresas, no que diz respeito aos preços, a concorrência foi gravemente prejudicada.

Infere-se do caso em apreço que, ao examinar a questão, tanto o advogado-geral que analisou o caso, quanto o próprio Tribunal, concordaram que, ao contrário do que ocorre com os acordos por objeto, ao analisar práticas concertadas, deve-se, também, observar os efeitos reais sobre a concorrência, ou seja, faz-se necessária uma análise das consequências recaídas sobre o mercado, de modo que tais dados sirvam de base para eventual conclusão de que houve violação ao artigo 101º (TFUE).³²

³² “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/>, acessado em 15 de junho de 2018.

Contudo, tal entendimento se modificou quando do julgamento do caso Anic³³, no qual o TJUE, concordando com o advogado-geral, entendeu que poderia haver violação do artigo 101º (TFUE) pela prática concertada por objeto, sem considerar os efeitos no mercado.

No caso em apreço, a Comissão entendeu que a Anic tinha infringido o disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE, quando praticou de forma concertada, juntamente com outras empresas com outros fornecedores de polipropileno no território do mercado comum as seguintes ações: (i) contactação e encontros regulares, através de reuniões secretas, no intuito de definir uma política comercial; (ii) fixação periódica de preços para a venda do produto em cada Estado-Membro da Comunidade; (iii) combinação de medidas destinadas a propiciar a aplicação de tais de preços, incluindo limitações temporárias da produção, troca de informações pormenorizadas sobre as suas entregas, e, a partir do final de 1982, um sistema de *account management* que visava a aumentar preços a clientes específicos; (iv) aplicar aumentos simultâneos de preços de forma objetiva; (v) repartir o mercado, atribuindo a cada produtor um objetivo ou quota anual de vendas ou obrigar os produtores a limitarem as suas vendas mensais por referência a um período anterior.

Em 31 de Julho de 1986, a Anic interpôs um recurso de anulação desta decisão no Tribunal de Justiça que, o remeteu ao Tribunal de Primeira Instância, o qual concluiu que a Comissão havia comprovado de forma satisfatória a participação regular da Anic nas reuniões periódicas de produtores de polipropileno entre finais de 1978 ou início de 1979 e meados de 1982, bem como que tais reuniões se dedicavam, principalmente, a fixar objetivos de preços e de volumes de vendas de forma sistemática. Todavia, o Tribunal de Primeira Instância entendeu não ter sido suficientemente comprovado pela Comissão que essa participação da Anic se manteve ao longo do ano de 1982.

O Tribunal de Justiça entendeu que a Anic participou prática concertada que abrangia participação em reuniões periódicas de produtores de polipropileno, iniciativas de preços, medidas destinadas a facilitar a aplicação das iniciativas de preços, objetivos de quantidade e quotas entre finais de 1978 ou inícios de 1979 e o fim o mês de Outubro de 1982, bem como

³³ Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 8 de Julho de 1999, processo C-49/92 P. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44311&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=716764>, acessado em 15 de junho de 2018.

declarou expressamente que “*uma prática concertada como a supra referida cabe no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, mesmo que não se verifiquem efeitos anticoncorrenciais no mercado*”.

34

O entendimento *supra* também foi externado no caso T-Mobile, no qual cinco operadoras de telefonia móvel da Holanda se reuniram e nesse encontro uma das empresas acabou compartilhando informações relativas às comissões que pagava a seus revendedores.³⁵ Apesar de a reunião ter sido isolada e a informação compartilhada não ter influenciado as outras empresas, a advogada-geral responsável pelo caso - posteriormente acompanhada pelo Tribunal - considerou que o partilhamento de tal informação na reunião em que se encontravam as outras empresas do ramo configurava uma prática concertada, ressaltando, ainda, que não haveria necessidade de analisar eventuais impactos no mercado.

A advogada-geral, acrescentou, ademais, de maneira muito elucidativa que na aplicação do nº 1 do artigo 101º (TFUE) - àquela época artigo 85º do Tratado CEE - que o objetivo anticoncorrencial e os efeitos anticoncorrenciais são condições alternativas, razão pela qual práticas concertadas com objetivo anticoncorrencial são proibidas, independentemente dos seus efeitos.³⁶

Isso porque a algumas formas de conluio entre empresas são consideradas, devido à sua própria natureza, danosas à concorrência, devendo ser proibidas, a fim de se conferir segurança jurídica, servindo de norte à atuação dos operadores do mercado.³⁷

Não obstante, presume-se que uma empresa, ao receber uma informação privilegiada e permanecendo no mercado, utiliza em seu benefício a informação auferida.³⁸ Tal presunção consubstancia o entendimento assente do Tribunal no sentido de que, ao compartilhar uma

³⁴ Ibidem, parágrafo 122.

³⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 4 de junho de 2009, processo C-8/08, parágrafo 30. T-Mobile. EU:C:2009:343. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=617392>, acessado em 15 de junho de 2018.

³⁶ Conclusões da Advogada-Geral, Juliane Kokott, apresentadas em 19 de fevereiro de 2009, no processo C-8/08, parágrafo 42. EU:C:2009:110. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76997&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717756>, acessado em 15 de junho de 2018.

³⁷ Ibidem, parágrafo 43.

³⁸ Ibidem, parágrafo 55.

informação, a empresa fere o disposto no artigo 101º (TFUE), ainda que outras empresas que permaneceram no mercado não utilizem o dado relatado em suas decisões.³⁹

Observa-se, assim, que, a partir do caso T-Mobile, as empresas que divulgarem às concorrentes qualquer informação, mesmo que as outras empresas não se valham da informação recebida, incorrerá em uma violação ao artigo 101º. Ou seja, apenas o fato de ter sido dada publicidade de determinada informação às concorrentes e essas permanecerem no mercado, caracteriza uma prática concertada, a qual, por sua natureza, restringe a concorrência.

Outro caso que merece destaque acerca das infrações por objeto, é o Expedia, o qual será abordado a seguir, juntamente com o “De Minimis Notice”.

III.1.3 - O “DE MINIMIS NOTICE” E O CASO EXPEDIA

Como se viu, quando um acordo é classificado como restritivo por objeto, não se faz necessário analisar os seus efeitos sobre a concorrência, uma vez que, conforme anteriormente apontado, presume-se que esse tipo de restrição apresenta efeitos anticoncorrenciais. Em outras palavras, ajustes restritivos por objeto são nocivos por natureza ao normal funcionamento do mercado, razão pela qual afrontam o disposto no nº 1 do artigo 101º do TFUE.

O TJUE, quando do julgamento, em 09 de julho de 1969, do caso Völk⁴⁰ firmou uma sistemática de análise - “teste de apreciação”⁴¹ - acerca da restrição da concorrência e o efeito sobre o comércio entre os Estados Membros, que já vinha sendo construída desde o caso Société Technique Minière. Funcionava assim: quando um acordo não fosse capaz de restringir de

³⁹ “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/> , acedido em 15 de junho de 2018.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 09 de julho de 1969. Völk. Processo nº 5/69. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0005&from=EN> , acedido em 15 de junho de 2018.

⁴¹ A.P.E. VAN DER WOLK. “Expedia: (R)evolution of the appreciability test for restrictions by object?”. Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=135397> , acedido em 25 de junho de 2019.

forma relevante a concorrência, deveria ser considerado insignificante, razão pela qual não deveria ser aplicado o que dispõe o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE (hoje 101.º do TFUE).⁴²

No caso em apreço foram analisados acordos de exclusividade de venda para determinados países do mercado comum, conferidos de um produtor a um distribuidor, onde de um lado há o comprometimento - por parte do produtor - de proteção do distribuidor contra fornecimentos que poderiam ser efectuados nesses países por terceiros e, de outro, a promessa - por parte do distribuidor - de não vender produtos concorrentes.

O cerne da questão no qual se debruçou o Tribunal foi o de verificar se é necessário considerar a quota de mercado que o cedente detém ou tenta obter no território concedido, a fim de determinar se tais acordos incorrem na proibição prevista pelo n.º 1 do artigo 85.º do Tratado.

Para se responder a tal inquirição, segundo apontado pelo Tribunal, faz-se necessário considerar uma série de elementos objetivos de direito ou de facto, a fim de verificar se esses acordos são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros. Tais ajustes para ensejarem a proibição contida no artigo 85.º, n.º 1, devem revelar um grau suficiente de probabilidade a sua influência directa ou indirecta, actual ou potencial, de modo a prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-membros.

O Tribunal concluiu que, levando em consideração a ocupação pouco relevante dos produtores no mercado, a proibição do artigo 85.º não se aplica a um acordo que afecte de forma insignificante o comércio.

Por tal razão, um um acordo de exclusividade, ainda que preveja protecção territorial absoluta, tendo em conta a posição pouco relevante das partes no mercado, não incorre na proibição constante do n.º 1 do artigo 85.º

O “teste de apreciação” aplicado pelo Tribunal no caso acima descrito, possui a perspectiva qualitativa e a quantitativa. Sob o prisma desta última, a Comissão publicou um aviso, nomeado “De Minimis Notice”, através do qual se delimitou em quais circunstâncias um

⁴² A.P.E. VAN DER WOLK. “Expedia: (R)evolution of the appreciability test for restrictions by object?”. Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=135397>, acedido em 15 de junho de 2018.

acordo ou prática causa impactos sobre a concorrência ao ponto de ser considerado insignificante, especialmente, quando a parte de mercado total das empresas envolvidas permanece abaixo de determinados patamares.

Deve-se destacar que essa questão só faz sentido quando diante de práticas coletivas, haja vista que a proibição do Art.º 102.º TFUE pressupõe a existência posição dominante, razão pela qual depreende-se que a afectação do mercado, nesse caso, é sensível e não insignificante como propõe o aviso em apreço.⁴³

O “De Minimis Notice” demarcou as condições que levarão os acordos ou práticas a serem considerados de menor importância para a Comunidade, dispensando-se, assim, a análise da Comissão.⁴⁴

Caso determinado acordo não tenha sido considerado insignificante pelo aspecto quantitativo, ou seja, pela aplicação do Aviso, deve-se ressaltar que o teste Völk, eventualmente, também poderá ser aplicado, vindo a ser observado, assim, se os efeitos do acordo são insignificantes para o mercado, de modo que seja dispensada a aplicação do artigo 101º (TFUE).⁴⁵

Em 2012, veio a ser proferido um importante acórdão no caso Expedia sobre a questão da apreciação em matéria de restrição de objeto. Nesse acórdão, aparentemente, o TJUE mudou o rumo da referida questão, entendendo *“que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência.”*⁴⁶.

⁴³ FERRO, Miguel Sousa. Práticas Restritivas da Concorrência. p. 21. Curso de Formação para Juizes Nacionais em Direito da Concorrência. Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal. 2010.

⁴⁴ “Guidance on restrictions of competition ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”, p. 3. Versão revisada em 03 de junho de 2015. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf, acedido em 15 de junho de 2018.

⁴⁵ A.P.E. VAN DER WOLK. “Expedia: (R)evolution of the appreciability test for restrictions by object?”, p. 3-4. Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=135397>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 13 de dezembro de 2012, parágrafo 37, processo C-226/11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0226>, acedido em 15 de junho de 2018.

A análise do Tribunal recaiu sobre a interpretação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁴⁷ do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, no âmbito de um processo proposto pela sociedade americana Expedia Inc. contra a Autorité de la concurrence, acerca dos procedimentos realizados e das sanções pecuniárias aplicadas por esta autoridade, como consequência da realização de acordos sobre a criação de uma filial comum celebrados entre a Expedia e a Société nationale des chemins de fer français (SNCF).

Em setembro de 2001, foram celebrados diversos acordos entre a SNCF e a Expedia, visando a desenvolver a venda de bilhetes de comboio e de viagens na Internet, resultando na criação de uma filial comum chamada GL Expedia, a qual se alojou no sítio Internet voyages- SNCF.com, até então destinado apenas à informação, à reserva e à venda de bilhetes de comboio na Internet. Com a incorporação da GL Expedia, o referido sítio passou a oferecer, ainda, um serviço de agência de viagens em linha, tendo sido esta filial comum denominada Agence de voyages SNCF.com.

A Autorité de la concurrence, em 05 de fevereiro de 2009, aplicou sanções pecuniárias à Expedia e à SNCF, por considerar que a parceria entre tais empresas, criando a Agence VSC, revelava um acordo que prejudicava a concorrência - à luz do artigo 81.º CE e ao artigo L. 420- 1 do Código Comercial (francês) -, tendo em vista que tal ajuste pretendia favorecer a filial no mercado dos serviços de agência de viagens, em prejuízo às demais concorrentes.

Isso porque a Expedia e a SNCF eram concorrentes no mercado dos serviços em linha de agência de viagens de lazer e detinham mais de 10% das quotas desse mercado, razão pela qual a regra contida no ponto 7 da comunicação *de minimis* e no artigo L. 464- 2- 1 do Código Comercial, não podia ser aplicada.

⁴⁷ “Artigo 3º

Relação entre os artigos 81.º e 82.º do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência (...)

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ou que reunam as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba actos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses actos.”

Apesar de a Expedia ter alegado que a Autorité de la concurrence tinha sobreavaliado as quotas de mercado da Agence VSC, a cour d'appel de Paris, através do acórdão de 23 de fevereiro de 2010, considerou que, à luz da redação do artigo L. 464- 6- 1 do Código Comercial francês e, especialmente, do emprego da palavra “pode”, tem a Autorité de la concurrence a possibilidade de punir as práticas de empresas, cujas quotas de mercado estejam fixadas abaixo dos limiares fixados pelo referido código, bem como pela comunicação de minimis.

Quando da interposição do recurso pela Expedia, a Cour de cassation, ressaltou que não foi contestado no processo principal se o acordo em causa teria um objetivo anticoncorrencial, bem como que não foi manifestado que a Comissão teria punido um acordo desse tipo, caso as quotas de mercado em causa não tivessem ultrapassado as lindes da comunicação de minimis.

Além disso, a Cour de Cassation entende que as afirmações que figuram nos n.ºs 4 e 6 da comunicação de minimis provocam dúvida quanto à questão de saber se os limites impostos às quotas de mercado constituem uma presunção inequívoca de falta de efeito sensível na concorrência, tendo em vista que tais dispositivos prevêm que a comunicação não é vinculativa para os tribunais e para as autoridades dos Estados- Membros, bem como não prejudica a interpretação do artigo 101.º TFUE que pode ser feita pelos órgãos jurisdicionais da União Europeia.

Por estas razões, a Cour de cassation optou por submeter questão ao Tribunal de Justiça, que, essencialmente, se traduz na indagação quanto à interpretação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, mormente, se tais dispositivos se opõem a que uma autoridade nacional da concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE a um acordo entre empresas que seja predisposto a afetar o comércio entre Estados- Membros, mas que não atinge o balizamento estabelecido pela Comissão no de minimis.

O Tribunal, então, iniciou a análise citando acórdãos, através dos quais se pode inferir que é assente na jurisprudência daquele órgão que a proibição enunciada no artigo 101.º, n.º 1, TFUE não se aplica a um acordo de empresas que apenas acometa o mercado de modo insignificante, razão pela qual o impedimento em apreço, alcança acordos de empresas que tenham por objetivo ou por efeito restringir de maneira relevante a concorrência no mercado interno e seja passível de afectar o comércio entre os Estados- Membros.

Relativamente ao papel desempenhado pelas autoridades dos Estados- Membros no cumprimento do direito da União em matéria de concorrência, o Tribunal destacou que o artigo 3.º, n.º 1, primeiro período, do Regulamento n.º 1/2003⁴⁸ estabelece que, na medida em que a autoridade nacional da concorrência aplica as disposições do direito nacional que proíbem os cartéis a um acordo de empresas que é suscetível de afetar o comércio entre Estados- Membros, estará a mesma vinculada a aplicar em paralelo, o artigo 101.º TFUE.

Assim, conforme entendimento exposto pelo Tribunal, as autoridades da concorrência dos Estados- Membros podem aplicar as disposições do direito nacional que contemplem a mesma vedação constante do artigo 101.º TFUE, somente quando se verificar que tal acordo importa em uma restrição sensível da concorrência no mercado interno.

O Tribunal de Justiça ressaltou, outrossim, que existe jurisprudência naquele órgão no sentido de que a existência de uma restrição deste tipo deve ser analisada, considerando o âmbito desse acordo⁴⁹, devendo, ainda, ser observado o teor das suas disposições, seus objetivos, o contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere⁵⁰, bem como a natureza dos produtos ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado⁵¹.

Sobre esse ponto, o Tribunal destacou o caso Volk, no qual ficou registrado que um acordo de exclusividade, mesmo com uma protecção territorial absoluta, por revelar uma fraca

⁴⁸ “1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81.º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82.º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82.º do Tratado.”

⁴⁹ Acórdão do Tribunal de 6 de Maio de 1971. Société anonyme Cadillon contra Firma H  ss, Maschinenbau KG. Processo 1-71. EU:C:1971:47 p. 356, n.º 8. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88116&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1591961> . Acedido em 09/10/2019.

⁵⁰ Acórdão de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services v. Comissão, C- 501/06 P, n.º 58. EU:C:2009:610. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77866&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1802340> . Acedido em 09/10/2019.

⁵¹ Acórdão de 23 de novembro de 2006. Asnef- Equifax e Administración del Estado. Processo C- 238/05, n.º 49. EU:C:2006:734. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0238&from=EN> . Acedido em 09/10/2019.

posição no mercado, não prejudica o mesmo de forma significativa, diferentemente, de outros julgamentos, nos quais o TJUE não se baseou na posição dos interessados no mercado em causa.

Analisando a comunicação de minimis, especialmente seus pontos 1 e 2⁵², pode-se observar que a intenção da Comissão é quantificar, através de limitações por quotas, todos aqueles acordos ou práticas concertadas que não revelam uma considerável restrição à concorrência, nos termos do do artigo 101.º TFUE.

Observa-se, ainda, que no ponto 2 da comunicação em apreço, a Comissão estabelece que os limiares de quota de mercado utilizados empregados, dimensionam o que não constitui uma restrição sensível da concorrência, nos moldes do que preleciona o artigo 101.º TFUE, mas que essa determinação não importa em afirmar que os acordos entre empresas que ultrapassem essas limitações restrinjam sensivelmente a concorrência.

No que concerne ao âmbito de aplicação da mesma, verifica-se que o ponto 4⁵³ da comunicação é exposto no sentido de que poderá ser utilizada, tanto pelas autoridades da concorrência como para os tribunais dos Estados-Membros, contudo, sem conferir carácter vinculativo aos mesmos.

O intuito claro da Comissão, ao publicar o de minimis foi o de (i) esclarecer como a mesma, na qualidade de autoridade de concorrência da União, aplicará o artigo 101º do TFUE, autolimitando-se no exercício do seu poder de apreciação, sem se desviar do que estabelece a referida comunicação, bem como (ii) nortear a aplicação do mencionado artigo aos tribunais e às autoridades dos Estados-Membros.

⁵² 1. O n.º 1 do artigo 81.º proíbe os acordos que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias estabeleceu que esta disposição só é aplicável quando o impacto do acordo sobre o comércio intracomunitário ou sobre a concorrência for sensível.

2. Nesta comunicação a Comissão quantifica, recorrendo a limiares de quotas de mercado, as restrições da concorrência que não são consideradas sensíveis nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE. Esta definição, por defeito, do carácter sensível, não implica que os acordos entre empresas que ultrapassem os limiares estabelecidos na presente comunicação restrinjam sensivelmente a concorrência. Tais acordos podem igualmente ter apenas um efeito negligenciável sobre a concorrência e por isso não serem proibidos pelo n.º 1 do artigo 81.º.

⁵³ 4. Nos casos abrangidos pela presente comunicação, a Comissão não iniciará qualquer processo, nem a pedido, nem oficiosamente. Sempre que as empresas presumirem, de boa-fé, que um acordo está abrangido pela presente comunicação, a Comissão não aplicará quaisquer coimas. Embora não seja vinculativa para os tribunais e para as autoridades dos Estados-Membros, a presente comunicação também pretende dar orientações a essas entidades para a aplicação do artigo 81.º.

Assim, a autoridade da concorrência poderá valer-se do balizamento estabelecido no de *minimis* para definir o caráter sensível ou não de uma restrição à concorrência, sem que esteja obrigada a praticá-lo, uma vez que não há vinculação à comunicação.

Consoante bem apontado pelo TJUE no acórdão *Expedia*, esses limiões representam apenas indícios dentre outros, capazes de permitir a essa autoridade precisar o caráter sensível ou não de uma restrição, considerando-se as especificidades do ambiente no qual está inserido o acordo.

O Tribunal reforçou, ainda, que pelo princípio da legalidade das penas, as autoridades nacionais não estão obrigadas a aplicar a comunicação de *minimis*, ressaltando que os cartéis já são proibidos pelo direito primário da União, nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

Ademais, o TJUE ressaltou que, à luz do artigo 267.º TFUE⁵⁴, o qual estabelece aparente separação das funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, qualquer apreciação dos factos da causa principal é da competência do julgador nacional e, conforme entendimento assente naquele Tribunal, para aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é dispensável, tão logo se identifique que este tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência.

Isso porque, conforme ficou pacificado no âmbito do TJUE, a diferença das infrações por objeto e por efeito existe no fato de que as primeiras podem, *per se*, trazerem prejuízos à concorrência.

⁵⁴ Artigo 267.º

(ex-artigo 234.º TCE)

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Sendo assim, o Tribunal no caso Expedia considerando que um acordo, cujo objetivo seja prejudicar a competitividade, constitui uma restrição sensível à concorrência, independentemente de qualquer efeito concreto do mercado, decidiu por responder à questão do caso concreto consignando que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que não impõem às autoridades nacionais da concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados- Membros, mas que não atinja os limiares estabelecidos no de minimis, desde que tal ajuste constitua uma restrição sensível da concorrência.

Desse modo, pode-se conceber que, identificada uma restrição por objeto, automaticamente, é afastada a possibilidade de fazer jus ao “De Minimis Notice”, tendo em vista que os efeitos anticoncorrenciais das restrições por objeto são presumidos - diferentemente do que ocorre nas restrições por efeito, que requerem, por sua vez, uma análise completa do impacto na concorrência⁵⁵ - conforme será exposto mais adiante.

Tal entendimento foi incorporado pela Comissão, em 2014, através da revisão conferida ao “De Minimis Notice”⁵⁶, de onde se conclui que os acordos restritivos por objeto não podem ser considerados insignificantes, haja vista que, por natureza, causam impactos prejudiciais à concorrência, razão pela qual, acordos restritivos por objeto não podem se beneficiar do “De Minimis Notice”.⁵⁷

⁵⁵ “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/> , acedido em 15 de junho de 2018.

⁵⁶ “Guidance on restrictions of competition ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”. Versão revisada em 03 de junho de 2015. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf , acedido em 15 de junho de 2018.

⁵⁷ “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/> , acedido em 15 de junho de 2018.

III.2 - INFRAÇÕES POR EFEITO

Conforme vimos no capítulo anterior, caso um acordo ou prática concertada não possua o objetivo de prejudicar a concorrência pode, eventualmente, produzir efeitos anticoncorrenciais e, assim, violar o artigo 101º do TFUE.

A fim de apurar os efeitos sobre a concorrência que determinado acordo pode ocasionar, o TJUE promove um exame jurídico e económico mais aprofundado sobre a prática, bem como o próprio mercado onde, eventualmente, o ajuste causará impactos.⁵⁸

Para o TJUE, pode ser que apenas os efeitos negativos de determinado acordo bastem para restar configurada a violação ao artigo 101º (TFUE). Esse entendimento ficou evidente no caso John Deere, no qual a Comissão entendeu haver prejuízos à concorrência, quando do intercâmbio de informações, através de um registro de vendas promovidas por empresas de tratores concorrentes, bem como de vendas de concessionárias e informações relativas à importação de produtos próprios.⁵⁹

No que concerne ao acordo, a Comissão examinou, em primeiro lugar, a parte do sistema de troca de informações que viabiliza que cada empresa tome ciência das vendas dos demais concorrentes, razão pela qual entendeu que o ajuste restringia a concorrência, uma vez que proporciona a transparência num mercado muito concentrado, bem como fortalece os obstáculos ao acesso ao mercado por não membros.

Em segundo lugar, Comissão examinou a difusão de dados relativos às vendas dos concessionários de cada membro, ressaltando a possibilidade de se conhecer, através destes dados, as vendas dos concorrentes em cada território quando, para um produto e um período determinados. Além disso, concluiu existir a possibilidade de dificultar a actividade de concessionários ou importadores paralelos.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Conclusões do Advogado-Geral, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas em 16 de Setembro de 1997, item 20. Processo C-7/95. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100276&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488082>, acedido em 30 de junho de 2019.

Em sua decisão a Comissão considerou os efeitos desse sistema de troca de informações sobre o comércio entre os Estados-Membros, bem como que o ajuste de troca de informações sobre as matrículas de tratores agrícolas infringiu o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, haja vista que proporciona um intercâmbio de informações relativas às vendas de concorrentes individuais, bem como informações relativas às vendas dos concessionários e das importações de produtos próprios.

O advogado-geral que analisou o recurso da John Deere Limited - seguido, posteriormente, pelo TJUE - entendeu que o efeito do ajuste limitou a concorrência, uma vez que reduziu a incerteza - haja vista a previsibilidade do comportamento dos concorrentes.⁶⁰

Diferentemente da visão acima exposta, o TJUE, acompanhando o posicionamento do advogado-geral, quando do julgamento do caso Equifax, no qual os bancos da Espanha compartilharam informações sobre os tomadores de empréstimos, considerou que essa partilha de informações sobre os clientes era aceitável.

No caso em apreço, a Asnef- Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, membro da Asociación Nacional de Entidades Financieras, apresentou um pedido de autorização de um registo, a ser gerido por ela mesma, o qual tem por objeto a prestação de serviços de informação sobre solvência e crédito, por meio do tratamento automatizado de dados relativos aos riscos assumidos pelas entidades participantes no processo de actividades de crédito.

Analisando o requerimento acima referido, o Tribunal de Defensa de la Competencia, sem abordar a aplicabilidade do artigo 81º CE, autorizou o registo, por uma duração de cinco anos, desde que fosse acessível a todos os estabelecimentos financeiros de forma não discriminatória e mediante pagamento da quota correspondente, bem como não divulgasse informações relativas aos credores cadastrados.

Diante da referida autorização, a Administración del Estado à Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) interpôs recurso, visando à anulação da decisão do referido

⁶⁰ Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 28 de Maio de 1998, processo C-7/95, I-3136. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43895&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488082>, acedido em 30 de junho de 2019.

tribunal na Audiência Nacional, a qual deu provimento ao referido recurso, por considerar que o registo restringe a livre concorrência, à luz do direito espanhol, bem como do posicionamento do Tribunal de Justiça.

Dessa decisão, a Asnef- Equifax e a Administración del Estado interpuseram recurso perante o Tribunal Supremo, o qual questionou (i) se, considerando um cenário de mercado fragmentado, acordos celebrados com vista à criação de registos informáticos relativos ao crédito são potencialmente restritivos da concorrência, na medida em que são susceptíveis de promover ou de facilitar a colusão e (ii) se, nesse caso, poderão, entretanto, ser autorizados, tendo em vista a reunião dos requisitos de derrogação previstos no artigo 81.º, n.º 3, CE. No entendimento daquele Tribunal os acordos apresentaram efeitos positivos ao mercado, uma vez que possibilitaram que os bancos vislumbrassem os riscos da conferência crédito, sem apresentar prejuízos à concorrência.

Ao examinar o caso, o TJUE considerou que tais registos *“aumentam a quantidade das informações disponíveis para os estabelecimentos de crédito sobre os potenciais mutuários, atenuando a disparidade existente entre o credor e o devedor no que respeita à detenção de informações, facilitando assim uma previsibilidade acrescida da probabilidade de reembolso. Ao fornecer essas informações, tais registos são, em princípio, susceptíveis de reduzir a percentagem de incumprimento dos devedores e, portanto, de melhorar o funcionamento da oferta de crédito.”*

Diante desse entendimento, o TJUE definiu que os acordos não tiveram como objetivo, *per se*, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, razão pela qual deverá, então, serem observados os efeitos de tais acordos no mercado, considerando-se o quadro concreto em que se inserem, especialmente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas, a natureza dos produtos ou serviços em causa e a realidade estrutural do mercado em comento.

Antes de firmar seu entendimento o TJUE, então, destacou algumas condições que foram consideradas para sua decisão, quais sejam: a) a fragmentação do mercado, tendo em vista que nesse cenário a difusão e o intercâmbio de informações entre concorrentes podem ser irrelevantes, ou mesmo positivos, para a natureza competitiva do mercado; b) a não

identificação dos credores não será revelada directa ou indirectamente, não demonstrando, assim, a posição no mercado ou a estratégia comercial dos concorrentes; e c) a possibilidade de tais registos serem acessíveis indiscriminadamente por todos os operadores activos no domínio pertinente.⁶¹

Nesse caso, os efeitos da prática (compartilhamento de informações) foram benéficos para o setor bancário, tendo em vista que os registos em questão podem viabilizar a prevenção de situações de sobreendividamento das pessoas que recorrem ao crédito, bem como propiciar uma maior disponibilidade de crédito.⁶²

Deve-se esclarecer que a análise dos efeitos não é tipicamente utilizada pelo TJUE, uma vez que comumente se encontra infrações por objeto no âmbito de acordos e práticas concertadas.⁶³ Contudo, conforme se pode inferir do caso acima mencionado, as empresas que firmarem um acordo, no qual não foi verificada restrição por objeto - ultrapassando as presunções atribuídas a tal infração -, pode usufruir de maior oportunidade de apresentar circunstâncias fácticas que levem o TJUE a reconhecer os benefícios do ajuste ou prática.⁶⁴

Nessa linha de raciocínio, imagine-se os casos de restrição à liberdade de ação de uma ou várias empresas de determinado ramo do mercado. Antigamente a Comissão era favorável ao entendimento de que tal restrição necessariamente importaria em uma restrição à concorrência.⁶⁵

Entretanto, o Tribunal de Justiça quando do julgamento do caso Wouters⁶⁶ tornou explícito que não se deve equiparar uma restrição à liberdade de ação à restrição da

⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 23 de Novembro de 2006, Asnef- Equifax e Administración del Estado. Processo C- 238/05, p. 11167 e 11168. EU:C:2006:734. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65421&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=498410>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁶² Ibidem, p. 11163 e 11164.

⁶³ “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. European Union Competition Law. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ COLOMBO, Pablo Ibáñez; LAMADRID, Alfonso. On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know. p. 12 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, acedido em 09/10/2019.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal de 19 de Fevereiro de 2002. J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Processo C-309/99.

concorrência, uma vez que para efeitos da aplicação da proibição do artigo 101º (antes 85º), nº 1 do TFUE, deve-se analisar o contexto global em que a associação de empresas foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objetivos. Ademais, deve-se examinar se os efeitos restritivos da concorrência oriundos do acordo são inerentes ao atingimento dos eventuais objetivos.

IV - DAS ISENÇÕES À PROIBIÇÃO DO ARTIGO 101º DO TFUE

Diante do que foi analisado nos títulos anteriores, em especial, à proibição contida no nº 1 do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), acerca de acordos entre empresas, decisões por parte de associações de empresas e práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os países da União Europeia e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, cumpre-nos, neste momento, analisar as excepções eventualmente aplicáveis a essa regra.

Conforme se depreende do nº 3 do artigo 101º do TFUE (antigo nº 3 do artigo 85º do Tratado CEE)⁶⁷, pode-se inferir que existem algumas circunstâncias, nas quais poderá ser declarada inaplicável a proibição constante do nº 1 do referido artigo.

A avaliação quanto à proibição disposta no nº 1 do artigo 101º (TFUE), conforme explanado anteriormente, se dá, primeiramente, analisando se um acordo ou prática restringe por objeto a concorrência e, caso negativo, se tal acordo ou prática possui efeitos anticoncorrenciais.

EU:C:2002:98. parágrafo 97. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0309_SUM, acessado em 09/10/2019

⁶⁷ 3. As disposições no 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 económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
 - b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Feita essa análise, tendo sido reconhecido qualquer tipo de restrição da concorrência - seja ela por objeto ou por efeito - será examinado, à luz do n.º 3 do artigo 101.º, se o acordo ou prática contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou, ainda, para promover o progresso técnico ou económico, desde que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, bem como que não imponham às empresas envolvidas restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem dêem a tais empresas a possibilidade de eliminar a concorrência, relativamente à parte substancial dos produtos em causa.⁶⁸

Em outras palavras, pode-se dizer que, ainda que se configure a proibição constante do artigo 101.º (TFUE), a Comissão analisará se existem efeitos suficientemente benéficos à concorrência e se tais efeitos se sobrepõem ao impacto concorrencial negativo.

A Comissão editou orientações relativas a restrições verticais⁶⁹, acordos de cooperação horizontal⁷⁰ e acordos de transferência de tecnologia⁷¹, de modo a conferir direção substancial quanto à aplicação do n.º 1 do artigo 101.º (TFUE) a vários tipos de acordo, sendo certo que tais orientações analisam as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 101.º, quais sejam: a) ganhos de eficiência; b) uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores; c) o carácter indispensável das restrições; e d) não eliminação da concorrência.

⁶⁸ Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Publicada o Jornal Oficial da União Europeia de 27.4.2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26114&from=EN>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁶⁹ Comunicação da Comissão, de 13 de Outubro de 2000: Orientações relativas às restrições verticais. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 13.10.2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26061&from=PT>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁷⁰ Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 14.1.2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26062&from=PT>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁷¹ Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia. Atualmente já não está em vigor. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26108&from=PT>, acedido em 15 de junho de 2018.

Tendo em vista que as referidas condições são cumulativas, é necessário que o acordo ou prática satisfaça os quatro requisitos para fazer jus à isenção. Daí depreende-se que, caso uma das condições não seja atendida, a análise dos demais requisitos torna-se indispensável.⁷²

Vale frisar, outrossim, que a padronização estabelecida nas orientações deve ser aplicada sempre em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, à luz das circunstâncias específicas de cada caso, afastando-se, assim, uma aplicação mecânica.⁷³

A possibilidade de isentar acordos ou práticas da proibição do artigo 101, com fulcro no seu n.º 3 (TFUE) foi abordada inúmeras vezes pelo Tribunal de Justiça, tendo sido aprofundada cada condição estabelecida pelo dispositivo em comento.

Destaque-se que, regulamentos do Conselho, tais como o Regulamento n.º 19/65/CEE, (CEE) n.º 2821/71, (CEE) n.º 3976/87, (CEE) n.º 1534/91 ou (CEE) n.º 479/92, atribuíram à Comissão competência para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo 85.º do Tratado CEE), por via de um regulamento, a certas categorias de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas. Em tais regulamentos a Comissão aprovou e pode continuar a aprovar os chamados “regulamentos de isenção por categoria”, segundo os quais declara que o n.º 1 do artigo 101.º do Tratado não é aplicável a determinadas categorias de acordos, decisões ou práticas concertadas.⁷⁴

Vale ressaltar que o n.º 3 do artigo 101.º pode ser aplicado em casos individuais ou a categorias de acordos e práticas concertadas, mediante regulamentos de isenção por categoria, devendo-se frisar que os acordos abrangidos por tais regulamentos são juridicamente válidos e aplicáveis, ainda que restrinjam a concorrência no contexto do n.º 1 do artigo 81.º.

⁷² Comunicação da Comissão, de 13 de Outubro de 2000: Orientações relativas às restrições verticais. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 13.10.2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26061&from=PT>, acedido em 15 de junho de 2018.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. Considerando n.º 10. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 4.1.2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:PT:PDF>, acedido em 15 de junho de 2018.

Nesses casos - acordos contemplados com isenções por categoria - as partes precisam apenas demonstrar que o acordo restritivo se beneficia de uma isenção por categoria, tendo em vista que tais regulamentos de isenção baseiam-se no pressuposto de que os acordos restritivos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação atendem às quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 101.º.⁷⁵

Em 2017, a Comissão apresentou uma proposta de diretiva para dotar as autoridades nacionais da concorrência (ANC) de competências que lhes permitam tornar-se mais eficazes na aplicação das regras antitruste da UE, com vista a assegurar que, ao aplicarem a mesma base jurídica, as ANC que cooperam através da Rede Europeia da Concorrência (REC) para criação um verdadeiro espaço comum de aplicação das leis da concorrência.⁷⁶

No que concerne à isenções individuais, pode-se destacar o caso REIMS II, no qual a Comissão concedeu isenção a um acordo de fixação de preços entre a maioria dos operadores postais públicos da Europa. No acordo do REIMS II operadores postais públicos europeus determinaram colectivamente a remuneração que pagam entre si pela entrega do correio transfronteiriço de entrada no país de destino, chamados encargos terminais.⁷⁷ Ou seja, o acordo em apreço representa um ajuste de fixação dos preços de venda. Entretanto, por decisão da Comissão, à luz do n.º 3 do artigo 101.º (TFUE), foi declarado inaplicável o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

Isso porque o referido acordo foi capaz de proporcionar benefícios aos usuários individuais, bem como contribuir para a melhoria da qualidade global do correio transfronteiras.

⁷⁵ Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=PT). Acedido em 30/06/2019.

⁷⁶ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_pt.pdf Acedido em 30/06/2019.

⁷⁷ Decisão da Comissão, de 15 de Setembro de 1999, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo IV/36.748 - REIMS II). Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 26.10.1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999D0695&from=EN>, acedido em 15 de junho de 2018.

Neste mesmo esteio, o TFUE buscou, também, coibir algumas práticas de empresas que exerçam uma posição dominante do mercado interno passíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros - no próximo capítulo passar-se-á ao estudo desse tema.

V. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Sistematicamente após a proibição dos acordos ou práticas concertadas que restrinjam a concorrência, o TFUE, em seu artigo 102, dispõe acerca da hipótese de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno⁷⁸.

A regulamentação do dispositivo acima referido é realizada, desde de 1 de maio de 2004, pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, o qual estabelece que as próprias autoridades de concorrência nacionais, assim como os tribunais dos Estados-Membros, têm capacidade para executar o que consta dos os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Para melhor compreensão da matéria, a seguir serão expostos os pormenores do tema, com base na Comunicação da Comissão que dispõe sobre o posicionamento por ela adotado quanto a comportamentos de exclusão por parte de empresas em posição dominante, à luz do que preleciona o artigo 82º do Tratado CE.

⁷⁸ “Artigo 102.o

(ex-artigo 82.o TCE)

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno 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 facto, em desvantagem na concorrência;
- 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.”

Primeiramente, deve-se esclarecer que o abuso de posição dominante é uma prática tendencialmente unilateral, que resulta da conduta de uma empresa e eventualmente de um conjunto de empresas que se encontram numa posição de domínio de mercado.⁷⁹

No que concerne à circunstância de domínio, deve-se esclarecer que não se trata propriamente de liderança, haja vista que essa se caracteriza pela obtenção da maior cota de mercado, mas sim da capacidade de uma empresa - ou conjunto - de por si só conseguir ditar as condições do mercado, impor as suas condições aos seus consumidores/concorrentes.

A posição dominante é verificada quando a empresa, em virtude, tanto da cota de mercado que dispõe, quanto de outros fatores capazes de lhe conferir essa posição de domínio, pode agir com independência na condução da sua estratégia - independência no sentido de não ter que se preocupar com a reação dos consumidores, nem com a reação dos concorrentes.

Há uma série de fatores que podem conduzir à este domínio, fazendo com o comportamento desta empresa tenha de ser olhada com cautela, como, por exemplo, quando uma empresa tem maior capacidade de operação de mercado e sabe que os concorrentes não podem acompanhar, ou quando possui tecnologia capaz de produzir determinado bem, ou porque detém condições que mais nenhuma empresa do ramo pode oferecer.

Contudo, não basta que uma empresa seja dominante para que seus atos sejam ilícitos, bem como não basta que uma empresa que exerça o domínio de um mercado se aproveite naturalmente dessa condição, para que seus comportamentos sejam passíveis de sancionamento.

Além da posição dominante, é necessário que se verifique um abuso, para incorrer na violação do artigo 102º do TFUE.⁸⁰

Isso porque a empresa que exerce posição de domínio, tem uma especial responsabilidade na condução do mercado, aquilo que ela fizer vai ditar aquilo que seus concorrentes vão fazer, vai ditar as reações dos consumidores, razão pela qual é necessário que

⁷⁹ MOURA E SILVA, Miguel. Abuso de Posição Dominante na Nova Economia. Tese de Doutoramento para a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 33. 2008

⁸⁰ MOURA E SILVA, Miguel. Direito da concorrência, Almedina, 1ª Edição, 2008, pp. 611 e ss.

tais empresas estejam de alguma forma sujeitas à exame permanente do órgão regulador, em função da especial periculosidade dos seus comportamentos no mercado, bem como dos efeitos que o abuso da sua posição pode gerar, quando comparados ao comportamento semelhante em que se encontre uma empresa de menor dimensão.

Assim, primeiro é analisado se a posição da empresa, para tanto, observa a cota de mercado que a mesma dispõe - nem sempre é fácil estimar com precisão esse dado, pois há de se considerar fatores como dimensão geográfica, especificação precisa do produto, amplitude da eventual segmentação do mercado e subdivisão do produto.

A título exemplificativo dessa variedade de possibilidades, pode-se citar o mercado de telecomunicações. Não se pode dizer que existe propriamente um mercado para telecomunicações, uma vez que dentro desse segmento há vários mercados diferentes, para vários consumidores diferentes, que oferecem vários produtos diferentes - como voz, internet, dados. Há, ainda, uma série de subprodutos que podem ser comercializados conjuntamente como separadamente.

Apesar da dificuldade de se delimitar um mercado, não há como avaliar a posição de uma empresa no mercado sem assim o fazer.

Os precedentes dos Tribunais e da Comissão podem auxiliar na tarefa de tentar definir, com o máximo de precisão, em que mercado as empresa estão a atuar e, partir desse ponto inicial, qual é a sua cota de mercado e em seguidas os impactos que suas ações representarão na concorrência.

Após analisar a posição no mercado, há de se considerar se há dominância sobre o mesmo. A Comissão considera que, raramente haverá posição dominante quando uma empresa possua quota menor que 40% no mercado.

Por outro lado, caso uma empresa detenha mais de 50% quota de mercado, haverá enorme probabilidade de ser considerada em posição dominante. Entre 40% e 50% haverá de se considerar outros fatores como, por exemplo, a dispersão da cota remanescente.

Outro aspecto relevante que deve ser considerado é a existência ou não de barreiras de direito ou de facto à entrada de novos concorrentes. Barreiras de direito se consubstanciam, por

exemplo, na existência de autorização administrativa para admissão de novos concorrentes, na existência de contingentes alfandegários à importação de determinado bem. Já as barreiras de facto são as que resultam do próprio mercado, como as preferências de determinados consumidores, as próprias características dos consumidores de determinado mercado, levando-se em conta fatores como tradição, cultura, história, costumes.

Além disso, alguns concorrentes possuem vantagem tecnológica importante, protegida pelo Direito da Propriedade Industrial, que impedem que outros concorrentes possam entrar em condições equiparáveis, existe uma série de diferenças de mercados que podem de facto impedir a entrada desses concorrentes.

Determinada a posição de domínio, conseqüentemente haverá a presunção de que as ações de uma empresa são passíveis de ditar as condições de mercado e, assim, passa-se à análise do comportamento - se abusivo ou não. O TFUE, em seu artigo 102º, descreve exemplos de comportamentos abusivos.

Por outro lado, para se avaliar os efeitos de tais comportamentos abusivos, há de se verificar alguns aspectos importantes, quais sejam: (i) a concorrência - se efetiva ou potencial; e (ii) a capacidade de organização e reação dos consumidores.

Tais aspectos determinam os efeitos que uma prática anti-concorrencial vai ter no mercado, uma vez que quanto mais acentuados forem esses fatores, quanto maior for a concorrência potencial, quanto maior for a reação dos consumidores, quanto maior for a concorrência atual, menores serão aqueles efeitos.

Depreende-se, assim, que para incorrer em um abuso de posição dominante, a atuação das empresas deverão possuir um nível elevado de gravidade.

Realizada esta breve elucidação quanto ao conceito de abuso de posição dominante, resta inserir o referido instituto ao tema abordado no presente trabalho, esclarecendo se tais abusos são classificados como infrações por objeto ou por efeito.

Para tanto, é de extrema importância recorrer aos entendimentos despendidos pelo Tribunal de Justiça quando do exame do tema em apreço. Analisando a jurisprudência do TJUE, a proibição da exploração abusiva de uma posição dominante, à luz do que preleciona o artigo

102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, compreende condutas que tenham, tanto um objetivo, como um efeito anticoncorrencial.⁸¹

Tal concepção se tornou latente, quando do julgamento do caso Michelin c. Comissão (Proc. T-203/01), o TJUE demonstrou que, para efeitos de aplicação do artigo 82.º CE, caso uma empresa em posição dominante se comporte objetivando restringir a concorrência, tal conduta também é susceptível de produzir efeito anticoncorrencial.

No referido julgamento, o Tribunal destacou que, consoante jurisprudência consolidada daquela cõrte, o conceito de exploração abusiva por si só remete à possibilidade de influenciar a estrutura de um mercado.

Isso porque, onde há uma empresa em posição dominante, conseqüentemente, se revela um mercado no qual a competitividade já se demonstra enfraquecida, razão pela qual qualquer comportamento por parte de tal empresa que busque reforçar a dominância do mercado, é susceptível de restringir ainda mais a concorrência.

Logicamente, que o TJUE não pretendeu engessar a atividade das empresas que se encontram em posição dominante, tendo em vista que as mesmas possuem direito de agir em favor próprio na eventualidade de seus interesses se tornarem ameaçados.

No entanto, o Tribunal alerta para o fato de que a existência de uma posição dominante, apesar de não privar uma empresa nessa posição do direito de preservar os seus interesses comerciais, não pode, por outro lado, praticar actos que possuam o objetivo de, ao reforçar essa posição dominante, abuse da mesma.

Como se pode perceber, a concepção de que uma empresa em posição dominante possui o objetivo de abusar de tal condição deverá ser analisada caso a caso, sendo, contudo, incontestável na jurisprudência assente do TJUE, que uma empresa em posição dominante ao

⁸¹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção), de 30 de setembro de 2003, processo T-203/01. EU:T:2003:250. Manufacture française des pneumatiques Michelin contra Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=48641&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=595657>, acedido em 22 de setembro de 2019.

abusar dessa circunstância, praticando atos que visem a restringir ainda mais a competitividade, pratica atos que *per se* são susceptíveis de produzir efeitos anticoncorrenciais.

VI. CONCLUSÃO

Conforme se depreendeu do presente estudo, em que pese a questão da restrição à concorrência ser demasiadamente vasta, foram trazidos à baila - sem qualquer presunção de se esgotar o assunto - quais tipos de acordos ou práticas concertadas são passíveis de afectar a competitividade por objeto ou por efeito, à luz do que preleciona o n° 1 do artigo 101° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Como visto, para um acordo ou prática incorrer na proibição do referido artigo, faz-se necessário, primeiramente, verificar se o mesmo, por sua natureza é passível de restringir a concorrência - restrição por objeto. Caso não se verifique tal restrição, proceder-se-á ao exame dos efeitos do ajuste ou prática.

Isso porque, ao ficar caracterizado um acordo restritivo por objeto, não se faz necessário proceder com qualquer investigação sobre os seus efeitos anticoncorrenciais, uma vez que nas restrições por objeto presume-se efeitos prejudiciais à concorrência.

Posteriormente, configurada uma restrição à concorrência, cabe analisar se existem, em todo o contexto do acordo ou prática, pressupostos capazes de conferir às empresas a isenção do n° 1 do artigo 101° (TFUE), à luz do disposto no n° 3 do mesmo artigo.

Por outro lado, não sendo identificada uma infração por objeto, haverá se de considerar, à luz da comunicação “de minimis”, se os impactos de determinado acordo ou prática causam sobre a concorrência são considerados insignificantes, especialmente, quando a parte de mercado total das empresas envolvidas permanece abaixo de determinados patamares.

Como visto, quando da interpretação do artigo 101° do TFUE, comumente pairam dúvidas quanto à dicotomia objeto e efeito. Contudo, cada vez mais se evolui no desenvolvimento de conceitos mais precisos sobre o assunto - corroborando com isso, pode-se

destacar manifestação do AG Michal Bobek no caso Budapest Bank, elaborada concomitantemente à produção do presente estudo.

Por fim, foi abordado o abuso de posição dominante, o qual consubstancia outra forma de restrição à concorrência, conforme disposto no artigo 102º do TFUE, tendo sido esclarecido como os conceitos de objeto e efeito são aplicados nessas circunstâncias.

O tema do presente trabalho é, indubitavelmente, estimulante para aqueles que possuem afinidade com a matéria da concorrência e, para aqueles que, por seu turno, não conservam tanta empatia ao assunto é, no mínimo, esclarecedor, podendo ser facilmente compreendido da maneira que foi exposto, até mesmo por leigos no assunto.

BIBLIOGRAFIA

Fontes doutrinárias:

BRUZZONE, Ginevra e CAPOZZI, Sara. “Restrictions by object in the case law of the Court of Justice: in search of a systematic approach”, p. 3. Publicado em 24 de março de 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753521/ , acedido em 15 de junho de 2018.

COLOMBO, Pablo Ibáñez; LAMADRID, Alfonso. On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, acedido em 09/10/2019.

EUROPEAN UNION COMPETITION LAW. “Object and Effect”. Unpacking a european court of justice opinion. Disponível em <http://www.eucomplaw.com/object-and-effect/> , acedido em 15 de junho de 2018.

FERRO, Miguel Sousa. Práticas Restritivas da Concorrência. Curso de Formação para Juízes Nacionais em Direito da Concorrência. Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal. 2010.

“Guidance on restrictions of competition ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”, p. 3. Versão revisada em 03 de junho de 2015. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf , acedido em 15 de junho de 2018.

GUIDE ANTITRUST. Federal Trade Commission. Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws> , acedido em 09/10/2019.

MORAIS, Luís D. S., Os Conceitos De Objeto e Efeito Restritivos Da Concorrência e a Prescrição de Infrações de Concorrência, Edições Almedina, Coimbra, 2009.

MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência. AAFDL Editora, Lisboa, 2018.

MOURA E SILVA, Miguel. Abuso de Posição Dominante na Nova Economia. Tese de Doutoramento para a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2008

WOLK, A.P.E. Van Der. “Expedia: (R)evolution of the appreciability test for restrictions by object?”. Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=135397> , acessado em 15 de junho de 2018.

ZELGER, Bernadette. “By object” restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in Expedia?”. Publicado em 28 de novembro de 2017. European Competition Journal. Vol. 13, 2017. Ed. 2-3.

Fontes normativas:

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Publicada o Jornal Oficial da União Europeia de 27.4.2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26114&from=EN> , acessado em 15 de junho de 2018.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO, de 13 de Outubro de 2000: Orientações relativas às restrições verticais. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 13.10.2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26061&from=PT> , acessado em 15 de junho de 2018.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO - orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 14.1.2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26062&from=PT> , acessado em 15 de junho de 2018.

REGULAMENTO (CE) n.º 772/2004 DA COMISSÃO, de 7 de Abril de 2004, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia. Atualmente já não está em vigor. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26108&from=PT> , acessado em 15 de junho de 2018.

REGULAMENTO(CE) N.º 1/2003 DO CONSELHO, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. Considerando n.º 10. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 4.1.2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:PT:PDF>, acedido em 15 de junho de 2018.

SHERMAN ACT. Department of Justice. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/appendix-e-united-states-code> , acedido em 09/10/2019.

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA, artigo 101.º, n.º 1, publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 26.10.2012 (C 326), a seguir denominado TFUE.

Fontes jurisprudenciais:

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção) de 4 de Junho de 2009, processo C-8/08, publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 1.8.2009. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=617392> , acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção) de 20 de novembro de 2008, processo C-209/07, publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 10.01.2009, parágrafo 21. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=68784&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=710731> , acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 13 de Julho de 1966. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0056&from=EN> , acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 30 de junho de 1966. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0056&from=en> ,
acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 09 de julho de 1969. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0005&from=EN> ,
acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção), de 13 de dezembro de 2012, parágrafo 37, processo C-226/11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0226> ,
acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção), de 28 de Maio de 1998, p. 3161–64 e 3171. Processo C-7/95. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43895&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488082> ,
acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção), de 23 de Novembro de 2006, p. 11167 e 11168. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 30.12.2006. Disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65421&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=498410> ,
acedido em 15 de junho de 2018.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 19 de Fevereiro de 2002. J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Processo C-309/99. EU:C:2002:98. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0309_SUM,
acedido em 09/10/2019

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção) de 11 de setembro de 2014. Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comissão Europeia. Processo C- 67/13 P. EU:C:2014:2204. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0067>,
acedido em 09/10/2019.

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL, Juliane Kokott, apresentadas em 19 de fevereiro de 2009, no processo C-8/08, parágrafo 42. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76997&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717756> , acessado em 15 de junho de 2018.

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas em 16 de Setembro de 1997, item 20. Processo C-7/95 P. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100276&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488082> , acessado em 15 de junho de 2018.

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MICHAL BOBEK, apresentadas em 5 de setembro de 2019. Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. e outros. Processo C- 228/18. EU:C:2019:678. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217497&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11879645> , acessado em 09/10/2019.

DECISÃO DA COMISSÃO, de 15 de Setembro de 1999, relativa a um processo de aplicação do artigo 81º do Tratado CE e do artigo 53º do Acordo EEE (Processo IV/36.748 - REIMS II). Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 26.10.1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999D0695&from=EN> , acessado em 15 de junho de 2018.

DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS EUA, de 06/05/1940. Estados Unidos v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 US 150 (1940). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/150/> , acessado em 09/10/2019.

DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS EUA, de 23/06/1977. Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 US 36 (1977). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/> , acessado em 09/10/2019.

DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS EUA, de 02/06/1986. FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 US 447 (1986). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/> , acessado em 09/10/2019.