

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1 - 2021

ISSN 1517-1957

MUITO ALÉM DAS RELAÇÕES VERTICAIS: O CONCEITO E OS REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO CARTEL *HUB-AND-SPOKE* NO BRASIL

Júlia Namie Maia Pinto Ishihara

Resumo: O objetivo deste artigo é conceituar o cartel *hub-and-spoke* e delinear os requisitos para a sua configuração no ordenamento brasileiro. Feita uma breve análise da jurisprudência e doutrina estrangeira – estadunidense e britânica – propõe-se uma definição de cartel *hub-and-spoke* centrada na verificação da colusão horizontal através das relações comerciais, e não na forma de operacionalização específica do arranjo. Quanto ao requisito para a configuração da prática no Brasil, argumenta-se que deve ser comprovada a colusão horizontal entre os “*spokes*”, ao passo que a responsabilização individual depende da ciência dos participantes verificada conforme o parâmetro do “conhecimento construtivo”.

Palavras-chaves: cartel *hub-and-spoke*, troca de informações A-B-C, colusão horizontal, relações verticais, relações comerciais.

Key words: hub-and-spoke cartel, A-B-C exchange of information, horizontal collusion, vertical relations, commercial relations.

1. Introdução

O cartel *hub-and-spoke* é uma forma de colusão horizontal entre concorrentes (“*spokes*”) através de relações comerciais com um agente não-concorrente em comum (“*hub*”) que atua como ponto focal.¹ Enquanto no cartel simples² verificam-se relações horizontais diretas entre

¹ Para mais detalhes sobre a construção da definição utilizada neste artigo, confira-se o tópico IV.

² No presente artigo a denominação “simples” refere-se às definições usuais de cartel para facilitar a diferenciação com o arranjo *hub-and-spoke*. Confira-se definição estabelecida em: CADE, Cartilha do CADE, 2016, p. 14. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>. Acesso em 27/07/2020).

concorrentes, no cartel *hub-and-spoke* as relações horizontais se dão através de outras relações comerciais, geralmente verticais, dentro do mesmo arranjo.

Como explica Orbach, esse arranjo soluciona os três problemas principais da formação e manutenção de cartéis: i) seleção e coordenação das estratégias colusivas; ii) monitoramento e punição dos desvios; e iii) prevenção da entrada ou expansão de não-membros do cartel.³ Estes seriam solucionadas por intermédio do “*hub*” que pode coordenar e monitorar a prática.

Nesse sentido, a grande dificuldade na configuração do cartel *hub-and-spoke* está na identificação da colusão horizontal a partir das relações comerciais, que, devido à sua própria natureza, envolvem a negociação de variáveis concorrenciaismente sensíveis. O desafio é discernir quando relações comerciais tornam-se uma forma de operacionalização de um cartel.

Diante disso, o objetivo deste artigo é delinear os parâmetros adequados à análise do cartel *hub-and-spoke* no ordenamento brasileiro, no qual ainda não houve um julgamento de um caso do tipo.⁴ Para tanto, (II) será analisada a perspectiva estadunidense e (III) a britânica.⁵ Em seguida, (IV) serão delineados os parâmetros adequados ao direito brasileiro, (IV.1) argumentando-se pela pertinência da definição exposta

³ ORBACH, Barak. *Hub-and-Spoke Conspiracies*. The Antitrust Source, n.3, abr. 2016, p. 1.

⁴ Embora a Superintendência-Geral do CADE (SG/Cade) tenha identificado um arranjo *hub-and-spoke* no PA n. 08700.010769/2014-64, o Tribunal não chegou a se manifestar sobre o assunto em razão das provas diretas da configuração de cartel no caso (CADE, PA n. 08700.010769/2014-64, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2019). De toda forma, o PA n. 08012.007043/2010-79, que versa exclusivamente sobre um cartel *hub-and-spoke*, está pendente de análise pelo Tribunal do CADE. Ademais, ainda se encontram em fase de instrução na SG outros processos que versam sobre o tema: PA n. 08012.006043/2008-37, PA n. 08700.009879/2015-64 e PA n. 08700.008098/2014-71.

⁵ Estas jurisdições foram escolhidas por sua influência na construção das teorias sobre esse tipo de cartel.

acima, bem como pela dos (IV.2) requisitos para a configuração da prática e responsabilização dos participantes.

2. A teoria do aro (“*rim theory*”) – perspectiva estadunidense

O termo “*hub-and-spoke*” surgiu em um caso de conspiração julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA) em 1946.⁶ Curiosamente, o caso antitruste *Interstate Circuit*, um dos primeiros a envolver um cartel desse tipo, foi julgado ainda antes, em 1939, embora não tenha sido empregada essa nomenclatura à época.⁷ A mesma situação se verifica no caso *Parke, Davis & Company*, apesar de ter sido julgado em 1960 pela Suprema Corte.⁸

Em 1998, “*hub-and-spoke*” tornou-se um termo antitruste com o caso *Toys ‘R’ Us*.⁹ Esta empresa (“*hub*”), na época a maior revendedora de brinquedos dos EUA, promoveu a colusão horizontal tácita entre fabricantes (“*spokes*”), que aceitaram a restrição vertical de não fornecer

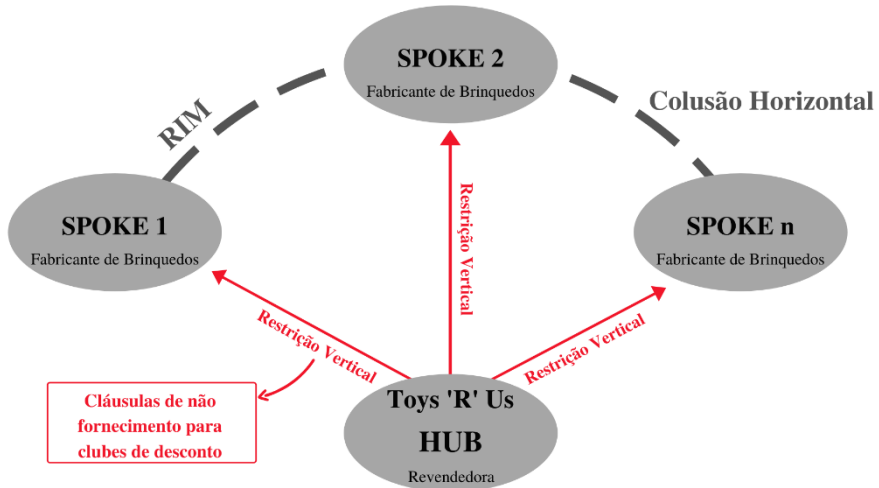
⁶ ESTADOS UNIDOS, *Kotteakos v. United States*, US Supreme Court, 328 US 750, 1946.

⁷ Neste caso, *Interstate Circuit* (“*hub*”) era uma operadora de salas de cinema que tentou coordenar os distribuidores de filmes (“*spokes*”) para controlar os preços praticados por cinemas independentes classificadas como “*subsequent-run*”, isto é, que exibiam posteriormente os filmes que já haviam saído de cartaz nas salas “*first-run*” a preços mais baixos. Confirma-se: ESTADOS UNIDOS, *Interstate Circuit, Inc., et al. v. United States*, US Supreme Court, 306 U.S. 208, 1939.

⁸ Neste caso, *Parke, Davis & Company* (“*hub*”) era um fabricante de produtos farmacêuticos que promoveu a adoção coordenada de um plano de fixação de preços de revenda entre os revendedores (“*spokes*”), reunindo-se individualmente com eles para garantir a adoção conjunta. Destaca-se que, inicialmente a *US District Court for the District of Columbia* entendeu, em 1958, que não havia colusão horizontal, o que demonstra a complexidade de distinção entre esse tipo de colusão e uma conduta unilateral (ESTADOS UNIDOS, *United States v. Parke, Davis & Company*, US District Court for the District of Columbia, 164 F. Supp. 827, D.D.C. 1958.) Entretanto, a decisão foi revertida pela Suprema Corte em 1960 (ESTADOS UNIDOS, *United States v. Parke, Davis & Co.*, US Supreme Court, 362 U.S. 29, 1960.)

⁹ ESTADOS UNIDOS, FTC. Toys ‘R’ US, *Opinion of the Commission*, 1998. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/toyspubl.pdf>>. Acesso em 27/07/2020.

para os clubes de desconto ao serem assegurados pela *Toys 'R' Us* que seus concorrentes fariam o mesmo, apesar de não terem acordado isto de forma direta.¹⁰



Fonte: Elaboração própria

A denominação desse tipo de cartel remete à figura de uma roda na qual o centro (“hub”) é a empresa que, através de sua relação vertical com as que atuam em outra etapa da cadeia produtiva, os raios (“spokes”), possibilita ou facilita a colusão horizontal, o aro da roda (“rim”), conectando, dessa forma, as empresas concorrentes umas às outras.

O requisito adotado pelas cortes estadunidense para a configuração do cartel *hub-and-spoke* é a comprovação do acordo horizontal entre os concorrente, ou seja, do “*rim of the wheel*” (“aro da roda”).¹¹ Como

¹⁰ Verificou-se que a *Toys 'R' Us* organizou e implementou um acordo horizontal entre vários fornecedores na medida em que, a despeito do poder de mercado da revendedora, fabricantes chaves não queriam se comprometer a recusar vendas ou a discriminar os clubes de desconto a não ser que fossem assegurados de que seus concorrentes fariam o mesmo (*Id.*, p. 50).

¹¹ “*Under antitrust law, the characteristic that separates an unlawful conspiracy facilitated through vertical relationships from a lawful vertical arrangement is proof of a horizontal ‘agreement’ among competitors. In hub-and-spoke conspiracies, this agreement is the ‘rim’ that connects the spokes*” (Op. cit. ORBACH, p. 3).

cita Odudu – em relação ao entendimento empregado em casos criminais de conspiração desse tipo – o “*rim*” pode ser considerado presente quando há prova de que os “*spokes*” estavam cientes da existência um dos outros e que todos promoviam um objetivo em comum.¹² Ademais, estabeleceu-se que o acordo horizontal (“*rim*”) também pode ser inferido quando: (i) dois ou mais competidores possuem acordos verticais com um terceiro; (ii) o acordo só é benéfico quando outros competidores estão adotando a mesma conduta; (iii) o terceiro age de uma forma que coordena as empresas competidoras.¹³

Mais recentemente, em 2015, este mesmo entendimento também foi aplicado ao caso *Apple e-books*,¹⁴ que ilustra importante discussão quanto à regra de tratamento aplicável ao “*hub*”. Enquanto é pacífico que os “*spokes*”, concorrentes entre si, devem ter a conduta analisada sob a regra *per se* – aplicável nos EUA a casos de cartel –, em relação ao “*hub*”, é arguível a aplicação da regra da razão, tratamento geralmente dispensado a acordos e restrições verticais. No entanto, no julgamento do recurso da Apple, a corte reforçou que todos os participantes do arranjo

¹² ODUDU, Okeoghene. *Indirect Information Exchange - The constituent elements of hub and spoke collusion*. European Competition Journal, V. 7, N. 2, Ago. 2011, p. 237.

¹³ Confira-se: ESTADOS UNIDOS, *Toys ‘R’ Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, United States Court of Appeals, 7th Cir, 01/08/2000.

¹⁴ Em sua entrada no mercado de e-books, a Apple aproveitou-se da insatisfação das editoras com a precificação da Amazon – que os vendia a um preço único de \$9,99 – para negociar com elas contratos de agenciamento em que poderiam estabelecer o preço de venda na plataforma, com algumas limitações, em troca de uma comissão de 30%. O contrato, ainda, tinha uma cláusula de paridade de preços, que obrigava as editoras a não vender e-books na plataforma da Apple com preços superiores do que em qualquer outra plataforma. Com todas as grandes editoras agindo ao mesmo tempo – o que foi assegurado pela Apple através das negociações individuais –, foi possível que essas negociassem contratos de agenciamento também na Amazon, sem assumir o risco dessa estratégia individualmente, o que acarretou no aumento de preços e possibilitou a entrada da Apple no mercado. Diante disso, a Apple foi condenada por orquestrar a colusão horizontal entre as editoras, que não foram condenadas por terem celebrado acordos com as autoridades (ESTADOS UNIDOS, *United States v. Apple Inc.*, United States Court of Appeals, 2d Cir, 2015).

hub-and-spoke estão sujeitos à responsabilidade *per se* por terem uma conduta igualmente anticompetitiva.¹⁵

As divergências quanto a este julgamento, como a arguida por Klein, que discorda da condenação *per se* da Apple,¹⁶ ilustram a dificuldade de se delimitar quando relações contratuais verticais lícitas tornam-se colusões *hub-and-spoke* e qual a responsabilidade do “*hub*” nesse cenário, levando alguns autores, como Falls e Saravia, a defender a aplicação da regra da razão ao acordo vertical.¹⁷ Contudo, este entendimento é minoritário.

Verifica-se, assim, que a doutrina e a jurisprudência estadunidense construíram-se a partir da verificação da colusão *hub-and-spoke* através de restrições verticais, como, por exemplo, fixação de preço de revenda¹⁸, cláusulas de não fornecimento¹⁹ e de paridade de preços²⁰. Isto influenciou o próprio conceito desse tipo de cartel de autores como

¹⁵ *Id*, p. 81.

¹⁶ Confira-se o entendimento de Klein: “*This analysis of the Apple e-books case accepts the factual description of events established at trial. It disagrees with the per se condemnation of Apple based on the court’s conclusion that the MFN term in the Apple iBookstore contracts forced the Publishers to jointly demand that Amazon accept agency. This is how the court contractually tied Apple’s contracts to the horizontal Publisher conspiracy to move Amazon to agency. Instead, it was Apple’s prospective entry in the face of the Publishers’ windowing programs, collusively introduced before Apple had even begun its Publisher negotiations, that created the economic motivation for Amazon to rapidly accept agency and hence the success of the Publisher conspiracy*” (KLEIN, Benjamin. *The Apple E-book Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and Spoke Conspiracy*. *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 13, Issue 3, September 2017, p. 474).

¹⁷ “*Given the difficulty of determining when and how to apply the per se rule and the potential for false positives, it would appear that the better approach is to apply the rule of reason to the vertical agreement but to consider, when weighing the potential harms of the agreement against its procompetitive effect, whether the agreement facilitates a horizontal conspiracy at another level of distribution.*” (FALLS, Craig G. & SARAVIA, Celeste C. *Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies*. *Distribution and Franchising Committee: ABA Section of Antitrust Law*, April 2015, p. 23).

¹⁸ Veja-se, novamente o caso *Parke, Davis & Company*.

¹⁹ Como o caso *Toys ‘R’ Us*.

²⁰ Confira-se novamente o caso *Apple e-books*.

Orbach,²¹ Klein,²² Amore,²³ Falls e Saravia,²⁴ que definem o arranjo, em linhas gerais, como uma colusão horizontal entre concorrentes através de restrições ou acordos verticais com um ente em um outro nível da cadeia produtiva. Esta definição, no entanto, não é suficiente para abranger também os casos em que não se verificam restrições verticais, mas apenas troca de informações indireta entre concorrentes através de um agente vertical em comum, como será visto a seguir.

3. A troca de informações A-B-C – perspectiva britânica

De forma distinta do que se viu nos EUA, o cenário britânico se desenvolveu através de casos nos quais se verificaram uma troca indireta de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes (“A e C”) através de um ente em outro nível da cadeia produtiva (“B”).²⁵ Um

²¹ “*In antitrust law, a hub-and-spoke conspiracy is a cartel in which a firm (the hub) organizes collusion (the rim of the wheel or the rim) among upstream or downstream firms (the spokes) through vertical restraints*” (Op. cit. ORBACH, p. 1).

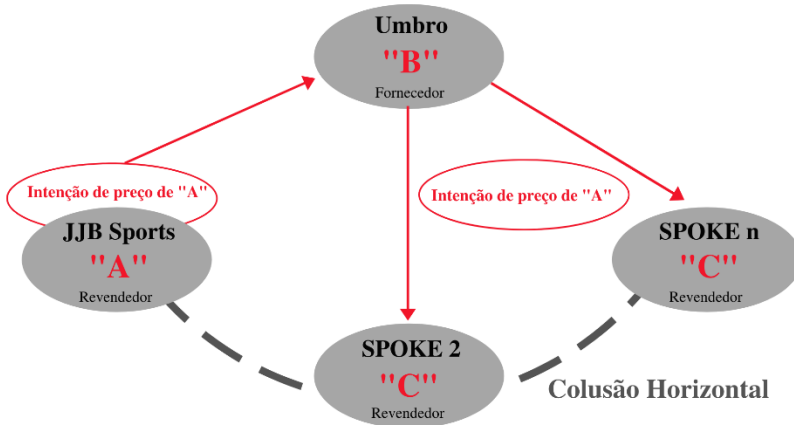
²² “*A hub-and-spoke conspiracy involves the use of vertical contracts a buying firm, or hub, has with suppliers, or spokes, to establish and stabilize a horizontal agreement among the spokes by specifying the collusive terms under which the suppliers must deal with buyers*” (op. cit. KLEIN, p. 426).

²³ “[...] *the creation of horizontal collusion (at some level, downstream or upstream) through a network of similar vertical restraints with the ultimate objective of reducing competition at the downstream level*” (AMORE, Roberto. *Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition*, European Competition Journal, jun. 2016, p. 2).

²⁴ “*Such conspiracies are often labeled “hub-and-spoke” conspiracies, because, using the analogy of a wheel, the common distributor is analogized to the “hub” of a wheel, its vertical agreements with the manufacturers are analogized to the “spokes” of a wheel, and a horizontal agreement among the manufacturers is analogized to the “rim” of a wheel.*” (Op. cit. FALLS & SARAVIA, p. 9)

²⁵ Nesse sentido: “*The so-called hub-and-spoke collusion generally involves retail competitors and their common supplier(s); sensitive information is passed between competitors not directly but through a supplier that facilitates price collusion. Also named A to B to C information exchange, these collusive practices have been discussed quite extensively by competition policy authorities.*” (SAHUGUET, Nicolas and WALCKIERS, Alexis. *Selling to a cartel of retailers: a model of hub-and-spoke collusion*. Centre for Economic Policy Research (CEPR) Discussion Paper No. DP9385, p. 2.

exemplo que ilustra bem a prática é o caso *Replica Football Kit*. A Umbro, produtora de réplicas kits de futebol, compartilhou intenções de preço entre seus revendedores de forma indireta, ocasionando o alinhamento de preços em relação aos da JJB Sports.²⁶



Fonte: Elaboração própria

Como ilustrado acima, o arranjo da prática é o mesmo visto no tópico anterior, apenas com a distinção de que é operado pela troca de informação concorrencialmente sensível, e não necessariamente por restrições verticais, e que o “*hub*” está à montante da cadeia produtiva.

No julgamento conjunto de recurso desse caso e do *Toys and Games*,²⁷ a Corte de Apelações estabeleceu os seguintes requisitos para a configuração da prática:

²⁶ Embora houvesse um preço recomendado de revenda pelo fabricante, as revendedoras concorriam entre si fazendo descontos. O OFT reconheceu que o preço recomendado de revenda, apesar de não ser ilícito quando é apenas uma recomendação, no referido caso, operou como um ponto focal da conduta concertada. De todo modo, o ponto central da análise foi o compartilhamento indireto de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes para promover uma colusão de preços através de um fornecedor comum (REINO UNIDO, *Replica Football Kit*, Decision of the Office of Fair Trading n. CA98/06/2003, August 2003).

²⁷ Neste caso, diante de reclamações da Argos e da Littlewoods, dois dos maiores revendedores de brinquedo, a Hasbro, uma fabricante, instituiu uma iniciativa de preço recomendado de revenda e, por meio de reuniões e contatos separados com

se (i) o revendedor A divulga ao fornecedor B suas futuras intenções de preço em circunstâncias tais que A possa considerar que B fará uso dessas informações para influenciar as condições do mercado, passando essas informações para outros revendedores (dos quais C é ou pode ser um), (ii) B, de fato, passa essas informações para C nas circunstâncias em que C pode ser levado a conhecer as circunstâncias em que as informações foram divulgadas por A para B e (iii) C, de fato, usa as informações na determinação de suas próprias intenções de preços futuros, então A, B e C todos devem ser considerados partes de uma prática concertada que tenham por objeto a restrição ou distorção de concorrência.²⁸

Com os padrões acima, ainda que não tenha tido diferença para os casos concretos analisados, a Corte de Apelações modificou o entendimento da instância anterior, o Tribunal de Apelações Concorrenciais, que tinha estabelecido, na primeira etapa, circunstâncias em que fosse razoavelmente previsível – *constructive knowlegde* – que B possa fazer uso dessas informações para influenciar as condições de mercado.²⁹ A Corte de Apelações, por sua vez, entendeu que seria necessário um conhecimento de fato, tanto de A quanto de C, do papel que B estava exercendo para que a prática seja configurada – *actual knowledge*.³⁰

Como explica Whelan, a abordagem do *constructive knowlegde* tem maior probabilidade de facilitar uma política concorrencial que favorece a proteção máxima para o bem-estar do consumidor, ao passo que a do *actual knowledge* provavelmente seria mais consistente com a jurisprudência europeia sobre práticas concertadas, embora ainda não haja

cada um deles, assegurou-os que ambos iriam aderir ao novo plano de precificação, aumentando as margens. As três empresas foram condenadas. Veja: REINO UNIDO, *Argos, Littlewoods & Hasbro*, OFT Decision: Case No. CA98/8/2003, 2003.

²⁸ REINO UNIDO, *Toys and Games & Football Shirts*, Court of Appeal (Civil Division), Case No: 2005/1071, 1074 and 1623, 2006, para. 141, [Tradução própria].

²⁹ *Id.*, para. 91.

³⁰ WHEELAN, Peter. *Trading Negotiations Between Retailers And Suppliers: A Fertile Ground For Anti-Competitive Horizontal Information Exchange?* European Competition Journal, Vol. 5 n. 3, 2009, p. 837.

nenhum julgado sobre esta matéria na União Europeia.³¹ De toda forma, o OFT se manifestou no caso *Dairy retail price*³² que os elementos do teste seriam alternativos.³³

Quanto à regra de tratamento aplicável a B (“*hub*”), apesar de a questão não ter sido endereçada de forma explícita nos casos acima, depreende-se que o arranjo como um todo foi classificado como um ilícito por objeto³⁴ e que a divulgação indireta de intenção de preço via agente vertical comum é semelhante e tem o mesmo objeto que coordenações horizontais.³⁵

Verifica-se, diante do cenário abordado neste tópico, que a jurisprudência britânica, apesar de constatar a existência acordos verticais em alguns casos,³⁶ centrou-se na troca indireta de informações comercialmente sensíveis através de um agente vertical em comum, o que influenciou os conceitos de cartel *hub-and-spoke* ou A-B-C de vários autores,

³¹ *Id.* p. 844.

³² Neste caso, o OFT considerou que nove supermercados tinham trocado indiretamente informações comercialmente sensíveis, em especial suas intenções de precificação, através de um processador de laticínios, com a finalidade de aumentar os preços de revenda desses produtos. Confira-se: REINO UNIDO, *Dairy retail price*, Decision of the OFT in Case No. CA98/03/2011, 2011.

³³ Dessa forma, para o primeiro passo, bastaria demonstrar que pode ser considerado que o distribuidor A tenha intencionado, ou, alternativamente, de fato previsto que o distribuidor B usaria a informação para influenciar as condições de mercado repassando-a a concorrentes. Do mesmo modo, em relação ao segundo passo, é suficiente comprovar que pode ser considerado que o distribuidor C tenha tomado conhecimento das circunstâncias nas quais a informação foi repassada de A para B, ou, alternativamente, o revendedor C de fato percebeu que a informação estava sendo repassada para ele com a anuência de A (*Id.*, p. 50).

³⁴ “*The OFT considers that the agreements described above have as their object an appreciable restriction of competition.*” (Op. cit. *Replica Football Kit*).

³⁵ Op. cit. *Dairy retail price*.

³⁶ A título de exemplo, confirma-se novamente, *Replica Football Kit*.

como Sahuguet e Walckiers,³⁷ Odudu,³⁸ Prewitt e Fails,³⁹ Bolecki,⁴⁰ e Whelan.⁴¹ Entretanto, estas definições podem ser insuficientes em relação a casos nos quais o arranjo seja operacionalizado por acordos ou restrições verticais. Ainda que estes cenários, por óbvio, também envolvam algum tipo de comunicação entre fornecedor e revendedor, pode ser que esta não configure a troca de informações A-B-C segundo os requisitos vistos acima.

³⁷ “*The so-called hub-and-spoke collusion generally involves retail competitors and their common supplier(s). For instance, retailers may share sensitive information not directly but through a common supplier (this practice is also called A to B to C information exchange). The common supplier can also help retailers to coordinate price increases or serve as a category captain to organize marketing decisions.*” (SAHUGUET, Nicolas and WALCKIERS, Alexis. *A theory of hub-and-spoke collusion*. International Journal of Industrial Organization, n. 53, 2017, p. 354)

³⁸ “*One of the most interesting and challenging competition law questions of recent times has been the attempt to control the information an undertaking can receive about its competitors—not from the competing undertaking directly, but via a common trading partner*” (Op. cit. ODUDU, p. 205).

³⁹ “*The classic example of a hub-and-spoke collusion (or an A-B-C information exchange) involves the exchange of strategic information, typically relating to pricing, between two or more horizontal competitors operating at the same level of the production/distribution chain (A and C) via common contractual party operating at a different level of the production/distribution chain (B).*” (PREWITT, Elizabeth & FAILS, Greta. *Indirect Information exchanges to hub-and-spoke cartels: enforcement and litigation trends in the United States and Europe*. Competition Law & Policy Debate. Vol. 1, Issue 2. May, 2015, p. 63).

⁴⁰ “*Hub-and-spoke consists of the sharing of confidential trade information between the supplier and its retailers (...)*” (BOLECKI, Antoni. *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies*. Yearbook of Antitrust And Regulatory Studies, Vol 2011, 4(5), p. 25).

⁴¹ “*This form of collusion can occur where parties to a horizontal agreement or concerted practice conspire directly with one “hub” or main party, who may be either a supplier or a distributor. In this context, the hub will act as “an intermediary that speaks individually to each of the competitors and then relays each competitor’s agreement . . . to the other competitors in a series of one-to-one conversations*” (Op. cit. WHELAN, pp. 824-825)

4. Parâmetros de análise do cartel *hub-and-spoke* no direito brasileiro

4.1. Definição do cartel *hub-and-spoke*

As definições doutrinárias e jurisprudenciais de cartel *hub-and-spoke* foram influenciadas, em grande medida, pela forma como foi operacionalizado o arranjo nos casos julgados nas respectivas jurisdições, isto é, se por acordos ou restrições verticais ou pela troca indireta de informações comercialmente sensíveis, de modo que não abrangem simultaneamente os casos verificados desta e daquela forma. Entretanto, embora possuam características operacionais distintas, esses casos possuem essencialmente o mesmo arranjo, qual seja a intermediação da colusão horizontal por um agente não-concorrente que atua como ponto focal entre os “*spokes*”.⁴² Não por outro motivo que as definições utilizadas pela OCDE⁴³ e por Harrington⁴⁴ para os arranjos *hub-and-spoke* são misturas dos conceitos encontrados nas jurisdições estadunidense e britânica.

Diante disso, o presente artigo, como já adiantado, optou pela seguinte definição: o cartel *hub-and-spoke* é uma forma de colusão horizontal entre concorrentes (“*spokes*”) através de relações comerciais com um agente não-concorrente em comum (“*hub*”) que atua como ponto focal. Dessa forma, o conceito tem como ponto central a verificação da colusão horizontal através de relações comerciais, e não a forma específica

⁴² Em sentido similar, confira-se Sahuguet e Walckiers (SAHUGUET, Nicolas and WALCKIERS, Alexis. *Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a Horizontal Desire?* Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, n. 10).

⁴³ “*Hub-and-spoke arrangements can be characterised as any number of vertical exchanges or agreements between economic actors at one level of the supply chain (the spokes), and a common trading partner on another level of the chain (the hub), leading to an indirect exchange of information and some form of collusion between the spokes*”(OCDE, *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat*. 17/10/2019, p. 5. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf)>. Acesso em 27/07/2020).

⁴⁴ HARRINGTON JR, Joseph E. *How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies*. 2018, p. 2. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3238244>>. Acesso em 30/07/2020.

de operacionalização do arranjo. A vantagem disso é que a definição aqui proposta, além de abranger as configurações vistas neste artigo, pode incluir outras inteiramente novas, por exemplo, no mercado digital.

Nesse sentido, uma das categorias de colusão algorítmica identificada por Ezrachi e Stucke é precisamente a chamada “*hub and spoke*”, e se configura quando um desenvolvedor, através de um conjunto de acordos verticais semelhantes com muitos dos concorrentes do setor, pode dar origem a uma colusão, elevando os preços.⁴⁵ Em sentido contrário, a OCDE entende que isto seria um cartel simples auxiliado por um facilitador,⁴⁶ embora reconheça que ferramentas online de precificação e monitoramento possam facilitar cartéis *hub-and-spoke*.⁴⁷ Diante disso, importa ressaltar dois pontos: (i) entende-se aqui que o “*hub*” não precisa integrar a cadeia produtiva e (ii) a atuação do “*hub*” é diferente de um facilitador de cartel.

Quanto ao primeiro ponto, apesar de grande parte dos autores aqui mencionados apresentar em seu próprio conceito da prática que o “*hub*” atuaria na cadeia produtiva em uma etapa distinta dos “*spokes*”,

⁴⁵ EZRACHI, Ariel & STUCKE, Maurice E. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. University of Illinois Law Review, Vol. 2017, p. 1782).

⁴⁶ Importa ressaltar, que o Tribunal de Justiça Europeu já julgou pela possibilidade de uma plataforma digital ser uma facilitadora da prática concertada entre os seus usuários. No caso Eturas, um sistema online de reservas de viagens introduziu um limite para descontos nas reservas de 3%, informando as agências a respeito. Embora a opinião do Advogado-Geral tenha apontado que o caso não seria um cartel *hub-and-spoke*, esta foi embasada justamente na definição de troca de informações A-B-C (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *Opinion of Advocate General Szpunar*, delivered on 16 July 2015. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165916&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11326713>>. Acesso em 27/07/2020). Já o Tribunal de Justiça Europeu, embora não tenha se manifestado sobre a configuração ou não de um arranjo *hub-and-spoke*, decidiu que houve uma prática concertada (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *Eturas, Case C-74/14*, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 21 January 2016. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11326713>>. Acesso em 27/07/2020).

⁴⁷ Op. cit. OCDE, 2019, p. 39.

outros estendem sua definição para agentes de fora desta, como uma firma de consultoria⁴⁸, por exemplo, ou outro interessado comercialmente na colusão.⁴⁹ Não se verifica, a priori, qualquer óbice em o “*hub*” ser um agente de fora da cadeia produtiva dos “*spokes*”, desde que haja relações comerciais bilaterais entre estes e aquele que sejam utilizadas para operacionalizar a colusão horizontal. Por este motivo, a definição aqui apresentada propositalmente utiliza o termo “não concorrentes” ao invés de cadeia produtiva.

Entretanto, ressalta-se aqui que a atuação do “*hub*” distingue-se do facilitador de cartel⁵⁰ – expressão mais comum na União Europeia. Isto porque nestes casos é possível identificar de forma direta o acordo ou prática concertada entre os concorrentes, que é meramente auxiliada pelo facilitador.⁵¹ No contexto brasileiro, a prática se assemelha com a de associações, sindicatos ou empresas que atuam como fóruns de encontro de cartelistas,⁵² sendo o cartel identificado diretamente pela autoridade

⁴⁸ PERINETTO, Patrick Actis. *Hub-and-spoke arrangements: future challenges within Article 101 TFEU assessment*, European Competition Journal, Vol. 15, Issue 2-3, 2019, p. 3.

⁴⁹ “Another common structure involves a third party who is not a contractual partner within the same production/distribution chain (B), but who still has a commercial interest in the formation of the cartel between competitors A and C) and therefore acts as a facilitator” (Op. cit. PREWITT and FAILS, p. 64).

⁵⁰ Ao contrário do que afirmam Prewitt e Fails – veja nota de rodapé anterior.

⁵¹ Por exemplo, no caso *AC Treuhand*, esta, uma firma de consultoria condenada por facilitar o cartel, organizava as reuniões dos cartelistas, algumas das quais ocorriam regularmente em sua sede, além de ter sido designada para atuar como moderadora em eventuais conflitos e para monitorar o acordo. (COMISSÃO EUROPEIA, *AC-Treuhand, Decision of 11/11/2009*, European Commission COMP/38589 – Heat Stabilisers, p. 33-35).

⁵² A título de exemplo, confira-se CADE, PA n. 08012.004674/2006-50, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2018: “Também pesa contra as associações a acusação de a prática de influência de conduta uniforme. por parte das associações Abraflex e Abief, que induziam e coordenavam tentativas de uniformização de preços e estratégias comerciais do setor, como por exemplo, incentivos e sugestões para que as associadas praticassem preços mínimos com o objetivo de repassar integralmente aumentos de matéria-prima, ou então a cobrarem serviços específicos dos clientes, como o cilindro utilizado, além de, no caso da Abraflex, atuar como fórum facilitador do cartel firmado entre algumas de suas associadas.”

concorrencial.⁵³ Inclusive, em um caso julgado pelo Tribunal do CADE em 2019, o enquadramento como *hub-and-spoke* sequer foi analisado justamente porque era possível identificar o cartel de forma direta.⁵⁴

Depreende-se, assim, que, enquanto nos casos *hub-and-spoke* a colusão horizontal é verificada através das relações comerciais com um agente em comum não concorrente dos “*spokes*”, nos casos em que há um facilitador, o cartel é simples e identificado de forma direta, sendo apenas facilitado por um agente externo. A existência do “*hub*”, dessa forma, é uma condição imprescindível para a colusão horizontal no arranjo *hub-and-spoke*, ao passo que o facilitador não é essencial para a existência do cartel simples, embora o auxilie. Nesse sentido, Harrington destaca que o “*hub*” exerce múltiplos e cruciais papéis nesses casos, o que sugere que a colusão não seria iniciada sem a sua intervenção.⁵⁵

4.2. Requisitos para a configuração do cartel *hub-and-spoke*

Delimitado o conceito de cartel *hub-and-spoke*, resta definir quais seriam os requisitos para sua configuração na jurisdição brasileira. Nesse sentido, defende-se aqui que o parâmetro mais adequado para tanto é a comprovação da colusão horizontal entre os “*spokes*”. Deve ser comprovado que as relações comerciais legítimas ganharam contornos de colusão horizontal ao interligarem os concorrentes que atuam no mesmo mercado de forma a restringir a competitividade entre eles.

Este parâmetro é similar à teoria do aro (“*rim theory*”) adotada nos casos estadunidenses, embora se faça a ressalva que, no Brasil, de forma mais semelhante à Europa, a ideia de cartel poderia abranger, além de acordos, as práticas concertadas⁵⁶, motivo pelo qual se optou pelo

⁵³ *Id.* Como se pode ver em casos do tipo, apesar de um ente não concorrente atuar como fórum facilitador do cartel, este pode ser verificado de forma direta, através das relações horizontais entre os concorrentes, como contatos diretos, reuniões entre concorrentes na sede da associação, entre outras provas disponíveis nos autos.

⁵⁴ Op. cit. CADE, PA n. 08700.010769/2014-64.

⁵⁵ Op. cit. HARRINGTON JR, p. 52.

⁵⁶ Nesse sentido, confira-se novamente a definição de cartel da Cartilha do CADE: “Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços,

termo “colusão horizontal”. Ademais, o requisito aqui delimitado pode ser empregado tanto em casos que utilizem restrições verticais quanto em carteis A-B-C e outros.

A chave na comprovação da colusão horizontal, assim, está na demonstração dessa interligação anticoncorrencial entre os “*spokes*” através do “*hub*”. Dessa forma, quando houver um elemento explícito de colusão entre os “*spokes*” concorrentes, nenhuma análise adicional é necessária.⁵⁷ Quando não houver indício explícito, as autoridades concorrenciais precisam se embasar em provas indiretas, também chamada de circunstanciais, para inferir a colusão horizontal e ligações entre os raios.⁵⁸ Nesse sentido, de forma similar aos casos de conspiração estadunidenses, também no antitruste desta jurisdição a colusão horizontal pode ser considerada presente quando há prova de que os “*spokes*” estavam cientes da existência uns dos outros e que todos promoviam um objetivo anticompetitivo em comum.⁵⁹

Tal cenário é semelhante às práticas concertadas europeias, que, conforme decidido no caso *Anic*, demandam a demonstração da intenção da empresa de contribuir aos objetivos comuns perseguido pelos participantes e que estava ciente, ou poderia razoavelmente prever, a real conduta para a persecução desses objetivos e que estava preparada para correr o risco.⁶⁰

Perinetta argumenta que os princípios delimitados no caso *Anic* devem ser igualmente aplicados aos casos *hub-and-spoke* quanto aos elementos mentais que possam desencadear uma violação antitruste (conhecimento, ciência e previsibilidade) com a diferença de que nesses há a necessidade de se avaliar também, em concreto, o elemento mental da

dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível” (Op. cit. CADE, 2016, p. 14).

⁵⁷ Op. cit. OCDE, 2019, p. 8.

⁵⁸ *Id*, p. 28.

⁵⁹ Op. cit. ODUDU, p. 237.

⁶⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Commission v Anic Partecipazioni Spa. European Commission*. Case C-49/92, 1999, para. 87.

intenção.⁶¹ Contudo, o autor ressalta que a intenção é apenas um dos vários elementos a serem considerados de forma relativa e complementar a outros fatores objetivos e que, se mal utilizada, pode ser mais um fator de confusão e gerar falsos positivos.⁶²

Whelan, por sua vez, entende que a ciência do próprio “*hub*” de seu papel não é essencial: se a troca de informações entre os concorrentes através desse puder ser estabelecida independentemente da sua ignorância, a prática será horizontal. Já quanto a ciência dos “*spokes*” sobre o papel do “*hub*”, é necessário escolher entre o padrão do *constructive knowledge* (“conhecimento construtivo”) e o do *actual knowledge* (“conhecimento de fato”).⁶³

Já Zampa e Buccirossi pontuam que, se nenhum dos “*spokes*” utilizar o arranjo “conscientemente” para colusão, a existência de uma prática concertada não poderia ser provada.⁶⁴ Ainda, os autores observam que já houve um caso no qual o Tribunal Geral da União Europeia considerou o “conhecimento construtivo” suficiente para estabelecer uma violação ao art. 101 do TFEU, de modo que, analogamente, seria suficiente em um caso *hub-and-spoke* a demonstração (i) de que os “*spokes*” poderiam saber que a troca de informações poderia ter tido efeitos anticompetitivos caso tivessem usado a diligência esperada de uma empresa do setor relevante; ou (ii) de que, diante das circunstâncias relevantes, os “*spokes*” poderiam “razoavelmente prever” tal possibilidade de efeitos anticompetitivos.⁶⁵

Diante disso, importa ressaltar que a verificação da ciência do esquema colusivo pelos participantes está necessariamente compreendida na análise da configuração da colusão horizontal. Não seria possível a existência de qualquer tipo de conluio se ausente a própria ciência de seus

⁶¹ Op. cit. PERINETTO, pp. 24-25.

⁶² *Id*, pp. 33-36.

⁶³ Op. cit. WHELAN, p. 844.

⁶⁴ ZAMPA, Gian Luca & BUCCIROSSI, Paolo. *Hub and Spoke Practices: Law and Economics of the New Antitrust Frontier?* Competition Law International Vol. 9 n. 1, Abril 2013, p. 103.

⁶⁵ *Id*, pp. 103-104.

participantes e, assim, o cartel *hub-and-spoke* sequer se configuraria, persistindo apenas as relações comerciais legítimas. Este elemento subjetivo, contudo, não necessariamente tem de ser verificado de forma expressa, pelo contrário, mais provavelmente será visto de forma tácita no conjunto probatório. Tal análise, contudo, depende das evidências de cada caso, especialmente, dos incentivos, regularidade e duração da conduta.

Quanto ao padrão para a determinação da ciência da prática pelos participantes, defende-se aqui que o mais adequado é “conhecimento construtivo”. Este é o mais consentâneo com uma política efetiva de defesa da concorrência e com as dificuldades probatórias da colusão horizontal no cartel *hub-and-spoke* que, como já visto ao longo deste artigo, diante da sua própria natureza, provavelmente dependerá fortemente da análise holística e cumulativa de provas indiretas.⁶⁶ Não por outro motivo que Whelan pontua que o “conhecimento construtivo” tem maior probabilidade de facilitar uma política concorrencial que favorece a proteção máxima para o bem-estar do consumidor, sendo, portanto, a escolha deste artigo. Dessa forma, é suficiente a comprovação de que a empresa, seja “*hub*” ou “*spoke*”, tinha de fato conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso.

Este padrão, ainda, está em perfeita conformidade com o sistema de defesa da concorrência brasileiro. De fato, a própria Lei n. 12.529/2011 prevê em seu art. 36 que as infrações à ordem econômica se constituem “independentemente de culpa”. Sobre esta expressão, Frazão defende que a lei afasta a necessidade da comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico – mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada culpa normativa ou objetiva.⁶⁷ Esta é um

⁶⁶ Nesse sentido, a OCDE reconhece que a melhor prática em relação às provas indiretas é sua análise holística, de forma cumulativa, ao invés de item a item: OCDE, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement*. OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol 9/3, 2009. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/clp-v9-art11-en>. Acesso em 24/07/2020.

⁶⁷ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 263.

fato social, envolvendo a avaliação sobre a reprovabilidade da conduta a partir de um critério abstrato de diligência, isto é, em uma objetiva comparação ao modelo geral de comportamento.⁶⁸ A autora explica que esta noção de culpa evita o subjetivismo e facilita a comprovação da reprovabilidade pela autoridade.⁶⁹ Esta interpretação de Frazão é ainda mais protetiva em relação a eventuais investigados do que a de outros autores que entendem que o art. 36 da Lei n. 12.529/2011 acolheria a responsabilização objetiva da conduta antitruste⁷⁰, bem como a própria jurisprudência do CADE, que vem prevalecendo nesse sentido.⁷¹

Verifica-se, portanto, que o parâmetro do “conhecimento construtivo” aqui adotado é o mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro. Nos termos do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 e da interpretação de Frazão, a Lei Concorrencial afasta a necessidade de comprovação de culpa no seu sentido psicológico, incluindo, entre outros fatores, a cognoscibilidade. Outros autores, ademais, bem como a própria jurisprudência do CADE, entendem que o referido diploma acolhe a responsabilização objetiva. Depreende-se, portanto, que a legislação pátria não adota o parâmetro de “conhecimento de fato”. Não obstante, como bem pontua Frazão, é necessária a demonstração a reprovabilidade da conduta a partir de um critério abstrato de diligência, compatível com o “conhecimento construtivo”. Ademais, a análise acerca do “conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke*” ser ou não “razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso” sujeita-se, não à verificação dos elementos subjetivos do agente específico, mas sim a uma objetiva comparação com o modelo geral de comportamento das empresas de um determinado setor.

⁶⁸ *Id.*, pp. 264-265.

⁶⁹ *Id.*, p. 266.

⁷⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva & CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, Coleção Direito Econômico – Coord. Fernando Herren Aguilar, p. 99.

⁷¹ “Não se ignora que vem prevalecendo na jurisprudência do CADE o entendimento de que a Lei n. 12.529/2011, ao mencionar que a infração se configura ‘independentemente de culpa’, acolhe a responsabilidade objetiva pela conduta antitruste, da mesma forma que a lei anterior” (Op. cit. FRAZÃO, p. 261).

Além disso, de forma contrária ao que sustenta Perinetto, não se considera aqui a intenção como um elemento necessário à configuração da prática *hub-and-spoke*. Também em relação ao art. 36 da Lei n. 12.529/2011, Pereira Neto e Casagrande entendem que há uma dispensa à comprovação do elemento volitivo.⁷² Conforme entendimento do CADE, ademais, nos ilícitos por objeto, como os cartéis, “não apenas a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante”.⁷³ Ainda, como bem pontua o próprio Perinetto, a intenção por si só não é um elemento suficiente para retirar a incerteza da análise e, se mal utilizado, pode ser mais um fator de confusão e gerar falsos positivos.⁷⁴

Os parâmetros de análise aqui postos também são compatíveis com os utilizados pela Nota Técnica n. 56/2020, exarada pela Superintendência-Geral do CADE (SG) em 20/08/2020, em relação ao Processo Administrativo n. 08012.007043/2010-79, pendente de julgamento pelo Tribunal.⁷⁵ Ainda que a SG tenha adotado o conceito de cartel *hub-and-spoke* de Orbach – operacionalização por restrições verticais –, são igualmente incluídos na análise os casos de troca de informação A-B-C britânicos.⁷⁶

Ademais, embora a SG não tenha se manifestado de forma clara sobre quais seriam os parâmetros para a configuração do cartel *hub-and-spoke* no cenário brasileiro em específico, deixando tal decisão para o Tribunal, é evidente sua preocupação em demonstrar o envolvimento consciente dos revendedores (“*spokes*”) e seus potenciais benefícios com

⁷² Op. cit. PEREIRA NETO & CASAGRANDE, p. 99.

⁷³ CADE, PA n. 08012.004674/2006-50, Voto-vista do Cons. Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2018; e CADE, PA n. 08012.009462/2006-69, Voto-vista do Presidente Vinicius Marques de Carvalho, 2015.

⁷⁴ Op. cit. PERINETTO, pp. 33-36.

⁷⁵ CADE, PA n. 08012.007043/2010-79, Nota Técnica n. 56/2020, Anexo SEI n. 0794318.

⁷⁶ *Id.* pp. 59-61.

a prática, afastando a alegação de que foram “vítimas” da política da distribuidora (“*hub*”).⁷⁷

Por fim, quanto à regra de tratamento aplicável, comprovada a colusão horizontal e configurado o cartel *hub-and-spoke*, aplica-se a ele o mesmo padrão que aos demais tipos de cartéis na jurisdição brasileira, qual seja, o de ilícito por objeto.⁷⁸ Este mesmo entendimento pode ser verificado nos casos mencionados ao longo deste artigo, tanto na perspectiva europeia (ilicitude pelo objeto), quanto na estadunidense (ilícito *per se*)⁷⁹, como também no que defende a OCDE.⁸⁰ Também é a regra aplicada pela SG na Nota Técnica n. 56/2020.⁸¹

A aplicação da mesma regra de tratamento dos cartéis simples à colusões empreendidas por relações verticais não é nova e foi admitida por Posner ainda em 1981.⁸² Qualquer outro entendimento implicaria na

⁷⁷ Nesse sentido: “Não há que se falar, assim, como alegam algumas Representadas, em uma política comercial imposta pela Conesul, a única distribuidora da marca Smart Board no Brasil. O *modus operandi* descrito acima beneficiava, não só a Conesul, mas também as próprias revendedoras, que criavam para seus potenciais clientes uma aparência ilusória de concorrência intramarca Smart, garantindo o preço estipulado pela Revendedora “A” através de orçamentos e propostas de cobertura. Resalta-se, novamente, que as provas contidas nos autos evidenciam que o preço a ser coberto era estipulado pela própria revendedora que solicitava o mapeamento, afastando, assim, as alegações de que as revendas eram “vítimas” da política da distribuidora.” (*Id.*, p. 77).

⁷⁸ A jurisprudência do CADE aplica em regra o tratamento de ilicitude por objeto a cartéis clássicos, isto é, especificamente no contexto brasileiro, os que têm o elemento de institucionalidade (CADE, PA n. 08012.002127/2002-14, Voto do Relator. Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, “Cartel das Britas”, 2005, p. 5). De todo modo, também os cartéis difusos, ou seja, não institucionalizados, são ilícitos por objeto (CADE, PA n° 08012.004422/2012-79, Voto-vista da Cons. Polyanna Vilanova, 2018).

⁷⁹ Para uma análise aprofundada sobre as diferenças entre a ilicitude por objeto e a ilicitude *per se*, confira-se: AMORIM, Fernando. *A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste*. Revista de Defesa da Concorrência (RDC), v. 5, n. 2, p. 75-102, 2017

⁸⁰ Op. cit. OCDE, 2019, p. 28.

⁸¹ Op. cit. CADE, PA n. 08012.007043/2010-79, p. 61.

⁸² “*But cases in which dealers or distributors collude to eliminate competition among themselves and bring in the manufacturer to enforce their cartel, or in which vertical restrictions are used to enforce a cartel among manufacturers, can be dealt with*

possibilidade de que algumas formas de colusão horizontal fossem permitidas em certos casos, o que contraria a teoria do ilícito por objeto. Não obstante, importa pontuar que se configura a ilicitude por objeto da colusão horizontal empreendida através das relações comerciais, e não destas em si, que, todavia, devem ser analisadas com cautela em mercados concentrados nos quais se verifique maiores probabilidades de um arranjo *hub-and-spoke*.⁸³

Dessa forma, para responsabilizar o “*hub*” é necessário a demonstração tanto da colusão horizontal quanto de que esse agente não-concorrente era um participante consciente do arranjo,⁸⁴ também conforme o parâmetro do “conhecimento construtivo”. Cumprido este requisito, também à conduta do “*hub*” é aplicável a ilicitude por objeto, visto que seria, de fato, tão reprovável quanto a dos “*spokes*”. Pontua-se que o tratamento de ilícito por objeto não é contraditório ou incompatível com a relação comercial, em geral vertical, entre o “*hub*” e os “*spokes*”, pelo contrário, aplica-se somente diante da verificação da colusão horizontal operacionalizada pelo “*hub*” de forma consciente – ainda que sob o parâmetro construtivo. A ilicitude por objeto da conduta do “*hub*”, ademais, como visto ao longo deste artigo, segue em linha com a jurisprudência britânica⁸⁵ e estadunidense (regra *per se*).⁸⁶

under the conventional rules applicable to horizontal price-fixing conspiracies. They are not purely vertical cases, and they would be decided the same way even if purely vertical restrictions were legal per se.” (POSNER, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*. University of Chicago Law Review, v. 48, n. 6, 1981, p. 22).

⁸³ “*On the basis of our observations of convicted cartels that we know used vertical restraints, skepticism is particularly advisable in highly concentrated industries. The cartelized industries that we know used vertical restraints had somewhat lower average concentration than cartelized industries overall. This suggests the possibility that vertical restraints reduce the lower bound of concentration necessary to sustain a cartel.*” (LEVENSTEIN, Margaret & SUSLOW, Valerie. *How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork’s The Antitrust Paradox*. Journal of Law and Economics, vol. 57, August 2014, p. 47).

⁸⁴ Op. cit. HARRINGTON JR, p. 54.

⁸⁵ Confira-se, novamente, o caso *Dairy retail price*.

⁸⁶ Op. cit. *Apple e-books*, p. 81.

No contexto pátrio, a ilicitude por objeto à conduta do “*hub*” também é defendida pela SG na Nota Técnica n. 56/2020, ainda pendente de julgamento pelo Tribunal.⁸⁷ Ademais, este entendimento também é corroborado por julgados do CADE que já aplicaram a regra de ilicitude por objeto a diversos entes não concorrentes.⁸⁸

5. Conclusão

O cartel *hub-and-spoke* é uma forma de colusão horizontal entre concorrentes (“*spokes*”) através de relações comerciais com um agente não-concorrente em comum (“*hub*”) que atua como ponto focal. Esta a definição, ao não se embasar na forma de operacionalização específica do arranjo, abrange diferentes configurações sob o mesmo conceito, bem como abre espaço para outras no cenário digital. Ademais, a prática *hub-and-spoke* é distinta da mera facilitação de cartel, na qual a colusão horizontal se verifica de forma direta.

Quanto ao requisito para a configuração da prática no ordenamento jurídico brasileiro, propõe-se a comprovação da colusão horizontal entre os “*spokes*”. Argumenta-se que este é o critério mais adequado na medida em que mantém a presunção de legitimidade das relações comerciais verticais e que pode ser aplicado a carteis *hub-and-spoke* operacionalizados por quaisquer formas. Ademais, a comprovação da colusão horizontal pressupõe a ciência em relação a ela dos participantes da conduta. Como parâmetro de análise para tanto, defende-se o “conhecimento construtivo”, sendo suficiente a comprovação de que a empresa tinha de fato conhecimento da colusão horizontal operacionalizada pelo arranjo *hub-and-spoke* ou de que isto era razoavelmente previsível diante das circunstâncias do caso. O termo “razoavelmente previsível” deve ser entendido em relação ao modelo geral de comportamento de empresas de um

⁸⁷ Op. cit. CADE, PA n. 08012.007043/2010-79, p. 67.

⁸⁸ Confira-se: Op. cit. CADE, PA n. 08012.004674/2006-50 e CADE, PA n. 08012.009462/2006-69; CADE, PA n. 08012.006923/2002-18, Voto-vista Marcos Paulo Veríssimo, 2013; CADE, PA n° 08012.011142/2006-79, Voto do Relator Cons. Alessandro Octaviani, 2014.

determinado setor, e não em referência aos elementos pessoais e individuais. Destaca-se, ainda, que esse parâmetro de análise é aplicável tanto ao “*hub*” quanto aos “*spokes*”.

Por fim, quanto à regra de análise, aplica-se no ordenamento brasileiro a ilicitude por objeto ao cartel *hub-and-spoke*. Como visto, este arranjo é uma modalidade de operacionalização do cartel, que não perde sua natureza horizontal. Ademais, comprovada a ciência do “*hub*” sob o parâmetro “construtivo”, a sua conduta também se configura como um ilícito por objeto, visto que é tão reprovável quanto a dos “*spokes*”.

Referências bibliográficas

AMORE, Roberto. *Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition*, European Competition Journal, jun. 2016.

AMORIM, Fernando. *A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste*. Revista de Defesa da Concorrência (RDC), v. 5, n. 2.

BOLECKI, Antoni. *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies*. Yearbook of Antitrust And Regulatory Studies, Vol 2011, 4(5).

CADE, Cartilha do CADE, 2016, p. 14. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>. Acesso em 27/07/2020.

_____, PA n. 08012.007043/2010-79, Nota Técnica n. 56/2020, Anexo SEI n. 0794318.

_____, PA nº 08012.011142/2006-79, Voto do Relator Cons. Alessandro Octaviani, 2014.

_____, PA n. 08012.004674/2006-50, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2018.

_____, PA n. 08700.010769/2014-64, Voto do Relator Cons. João Paulo de Resende, 2019.

_____, PA n. 08012.002127/2002-14, Voto do Relator. Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, “Cartel das Britas”, 2005.

_____, PA n. 08012.004422/2012-79, Voto-vista da Cons. Polyanna Vilanova, 2018.

_____, PA n. 08012.006923/2002-18, Voto-vista Marcos Paulo Veríssimo, 2013.

_____, PA n. 08012.004674/2006-50, Voto-vista do Cons. Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2018.

_____, PA n. 08012.009462/2006-69, Voto-vista do Presidente Vinicius Marques de Carvalho, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA, *AC-Treuhand, Decision of 11/11/2009*, European Commission COMP/38589 – Heat Stabilisers

_____, *Commission v Anic Partecipazioni Spa*. European Commission. Case C-49/92, 1999.

ESTADOS UNIDOS, FTC. Toys ‘R’ US, *Opinion of the Commission*, 1998. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/toyspubl.pdf>>. Acesso em 27/07/2020.

_____, *Interstate Circuit, Inc., et al. v. United States*, US Supreme Court, 306 U.S. 208, 1939.

_____, *Kotteakos v. United States*, US Supreme Court, 328 US 750, 1946.

_____, *Toys ‘R’ Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, United States Court of Appeals, 7th Cir, 01/08/2000.

_____, *United States v. Apple Inc.*, United States Court of Appeals, 2d Cir, 2015.

_____, *United States v. Parke, Davis & Company*, US District Court for the District of Columbia, 164 F. Supp. 827, D.D.C. 1958.

_____, *United States v. Parke, Davis & Co.*, US Supreme Court ,362 U.S. 29, 1960.

EZRACHI, Ariel & STUCKE, Maurice E. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. University of Illinois Law Review, Vol. 2017.

FALLS, Craig G. & SARAVIA, Celeste C. *Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies*. Distribution and Franchising Committee: ABA Section of Antitrust Law, April 2015.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARRINGTON JR, Joseph E. *How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies*. 2018, pp. 52-53. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3238244>>. Acesso em 30/07/2020.

KLEIN, Benjamin. *The Apple E-book Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and Spoke Conspiracy*. Journal of Competition Law & Economics, Volume 13, Issue 3, September 2017.

LEVENSTEIN, Margaret & SUSLOW, Valerie. *How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork’s The Antitrust Paradox*. Journal of Law and Economics, vol. 57, August 2014.

OCDE, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement*. OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol 9/3, 2009. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/clp-v9-art11-en>. Acesso em 24/07/2020.

_____, *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat*. 17/10/2019. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf)>. Acesso em 27/07/2020.

ODUDU, Okeoghene. *Indirect Information Exchange - The constituent elements of hub and spoke collusion*. European Competition Journal, V. 7, N. 2, Ago. 2011.

ORBACH, Barak. *Hub-and-Spoke Conspiracies*. The Antitrust Source, n.3, abr. 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva & CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, Coleção Direito Econômico – Coord. Fernando Herren Aguiar.

PERINETTO, Patrick Actis. *Hub-and-spoke arrangements: future challenges within Article 101 TFEU assessment*, European Competition Journal, Vol. 15, Issue 2-3, 2019.

POSNER, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*. University of Chicago Law Review, v. 48, n. 6, 1981.

PREWITT, Elizabeth & FAILS, Greta. *Indirect Information exchanges to hub-and-spoke cartels: enforcement and litigation trends in the United States and Europe*. Competition Law & Policy Debate. Vol. 1, Issue 2. May, 2015.

REINO UNIDO, *Argos, Littlewoods & Hasbro*, OFT Decision: Case No. CA98/8/2003, 2003.

_____, *Dairy retail price*, Decision of the OFT in Case No. CA98/03/2011, 2011.

_____, *Replica Football Kit*, Decision of the Office of Fair Trading n. CA98/06/2003, August 2003.

_____, *Toys and Games & Football Shirts*, Court of Appeal (Civil Division), Case No : 2005/1071, 1074 and 1623, 2006.

SAHUGUET, Nicolas and WALCKIERS, Alexis. *A theory of hub-and-spoke collusion*. International Journal of Industrial Organization, n. 53, 2017.

_____. *Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a Horizontal Desire?* Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, n. 10.

_____. *Selling to a cartel of retailers: a model of hub-and-spoke collusion*. Centre for Economic Policy Research (CEPR) Discussion Paper No. DP9385.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *Eturas, Case C-74/14*, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 21 January 2016. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11326713>>. Acesso em 27/07/2020.

_____, *Opinion of Advocate General Szpunar*, delivered on 16 July 2015. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165916&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11326713>>. Acesso em 27/07/2020.

WHEELAN, Peter. *Trading Negotiations Between Retailers And Suppliers: A Fertile Ground For Anti-Competitive Horizontal Information Exchange?* European Competition Journal, Vol. 5 n. 3, 2009.

ZAMPA, Gian Luca & BUCCIROSSI, Paolo. *Hub and Spoke Practices: Law and Economics of the New Antitrust Frontier?* Competition Law International Vol. 9 n. 1, Abril 2013.