

## COMENTÁRIOS DO IBRAC À CONSULTA PÚBLICA 03/2014 DO CADE

Redação da Consulta Pública	Redação Proposta IBRAC	Comentários IBRAC
<p>“Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei no 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.”</p>	<p>“Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado <u>com a finalidade de cooperação entre as partes signatárias, em caráter duradouro, para o desenvolvimento comum de atividade econômica, visando à produção de bens ou oferta de serviços, mediante o compartilhamento de ativos, lucros e/ou prejuízos, nas hipóteses abaixo definidas:</u></p> <p>I – <u>contratos</u> entre concorrentes, <del>sempre que a participação conjunta no mercado relevante afetado pelo contrato seja de 20% ou mais.</del></p> <p>II – <u>contratos</u> entre agentes econômicos que atuem em mercados verticalmente relacionados, sempre que pelo menos um deles detenha <del>vinte-trinta</del> por cento (<del>32</del>%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que, <u>além de ter por objeto o desenvolvimento comum de atividade econômica, o contrato preveja relação de exclusividade superior a dois</u> anos.</p> <p><del>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas lucros e prejuízos entre as partes; e</del></p> <p><del>b) do contrato decorra relação de exclusividade superior a dois anos, seja ela jurídica ou fática.</del></p> <p>Parágrafo <u>Primeiro</u>úico. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2/<u>2012, sendo certo</u></p>	<p>A inserção da condição “com a finalidade de cooperação” remonta à ideia de notificação de contratos que constituam um verdadeiro fim colaborativo entre as partes, estabelecido pelo compartilhamento de lucros e prejuízos.</p> <p>Contratos celebrados por concorrentes com menos de 20% de participação de mercado dificilmente terão o condão ou a potencialidade de afetar o mercado ou causar fechamento expressivo a ser alvo de preocupação concorrencial. Por isso, justifica-se a ampliação de um patamar usado para agentes verticalmente relacionados também para agentes horizontalmente relacionados.</p> <p>Em uma miríade de mercados, empresas celebram contratos de exclusividade por um período muito curto. Estes contratos, em maioria, não têm como efeito o fechamento de mercado, mas tão somente assegurar o suprimento de determinado produto ou serviço em razão de falta temporária ou disponibilizar uma facilidade para uso de terceiro (contrato de comodato ou utilização de capacidade ociosa). Trata-se de negócios jurídicos de natureza procompetitiva, em que a exclusividade tem apenas um viés de evitar o <i>efeito carona (free riding)</i> sobre determinados investimentos específicos e, portanto, encontra clara justificativa econômica.</p> <p>Ademais, sugere-se a exclusão da previsão de que a exclusividade de “fato” leve à necessidade</p>

que, quanto às relações verticais, serão considerados verticalmente relacionados os agentes econômicos atuantes na mesma indústria, assim entendidos os elos da cadeia produtiva em que um seja insumo para o elo subsequente da referida cadeia-

Parágrafo Segundo. São exemplos de acordos empresariais que não se caracterizam como contratos associativos de notificação obrigatória: (a) os contratos e consórcios para construção, montagem ou instalação de bens móveis e imóveis, no regime de empreitada, por encomenda de terceiros; (b) os contratos de construção e incorporação de prédios residenciais ou comerciais; (c) os contratos comerciais típicos que não correspondam à atividade principal de empresa parte do contrato; e (d) contratos para pesquisa e desenvolvimento de tecnologias incipientes.

de notificação, na medida em que é difícil identificar com precisão tal exclusividade (em última instância, a exclusividade de fato depende apenas da não contratação com terceiro ao longo do período do contrato). Isso gera incertezas e custos injustificáveis em um regime de análise prévia. Também, acredita-se que dois anos seja um prazo razoável para dispensar de notificação os contratos com menor potencial ofensivo.

Além disso, apesar de nossa sugestão limitar a notificação aos contratos que estabeleçam uma real cooperação entre as partes, é importante que determinadas espécies, que muito dificilmente apresentam preocupações concorrenciais, sejam expressamente excluídas do conceito pela própria Resolução.

Com tal sugestão de redação, procura-se delimitar de forma mais clara os conjuntos de operações de caráter colaborativo as quais devam estar sujeitas ao escrutínio prévio das autoridades, de forma análoga ao instrumento das isenções em bloco (*block exemptions*) adotados pela União Europeia para orientar as empresas quanto a contratos horizontais e verticais, inclusive com referências claras a patamares baseados em participação de mercado.

Por fim, observamos que a sugestão apresentada leva em consideração as orientações das autoridades norte-americanas em relação à formação de joint ventures entre concorrentes, presente no *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission), à medida em procura limitar as hipóteses de notificação obrigatória de contratos

		<p>celebrados entre concorrentes àquelas situações que realmente demandam análise mais cuidadosa do CADE em razão de sua formatação ser potencialmente prejudicial à concorrência.</p> <p>Esses casos são, portanto, as exceções dentre os mais variados tipos de contratos celebrados corriqueiramente entre e que, por suas características triviais e incapacidade de provocar impactos ao ambiente concorrencial, não deveriam ser objeto de análise pelo CADE.</p> <p>O Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors identifica dois tipos de contratos que podem gerar efeitos anticompetitivos: “(1) those that consolidate decision-making or control over productive assets, or align financial interests; and (2) those that facilitated collusion” (ABA Section of Antitrust Law, Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaboration Among Competitors, Second Edition, 2014, p. 32). Outrossim, estabelece que: “Importantly, the two types of agreements are not mutually exclusive; many agreements that align participants’ interests or control can also facilitate collusion, for example, through information sharing. But the Competitor Collaboration Guidelines state that a collaboration will be analyzed as a merger if the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market and ‘does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific and express terms’. The Guidelines define a ‘sufficiently limited period’ as ten years, unless industry-specific circumstances dictate using a different time period” (ABA Section of Antitrust Law, Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaboration Among Competitors, Second Edition, 2014, p.</p>
--	--	--

		<p>32).</p> <p>Dessa forma, fica claro que o entendimento das autoridades norte-americanas, assim como aquele que se busca expressar nessa sugestão de redação de norma regulamentar acerca dos contratos associativos, é de que apenas alguns tipos específicos de contratos devem ser submetidos ao escrutínio da autoridade antitruste, por características específicas que são consideradas como aptas a, potencialmente, provocar maiores preocupações concorrenciais, notadamente em virtude do estabelecimento de vínculos institucionalizados e duradouros entre empresas.</p>
--	--	--